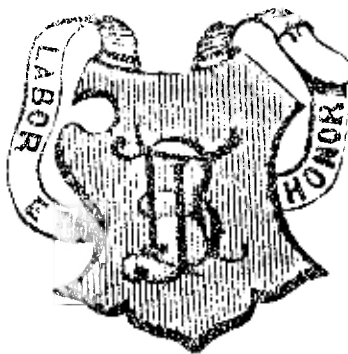
ARRIGO DERNBURG
Professore ordinario di Diritto nell'Università di Berlino

DIRITTO
DELLE
OBBLIGAZIONI

PRIMA TRADUZIONE DAL TEDESCO
sulla 6ª EDIZIONE
DI
FRANCESCO BERNARDINO CICALA

con PREFAZIONE di

V. SCIALOJA
Prof. nella R. Università di Roma

G. P. CHIRONI
Prof. nella R. Università di Torino

TORINO
FRATELLI BOCCA, EDITORI
Librai di S. M. il Re d'Italia

ROMA
Corso Umberto I, 216-17

MILANO
Corso Vitt. Eman., 21

FIRENZE
(F. Lumachi Succ.)
Via Cerretani, 8

Deposit. gener. per la Sicilia: O. FIORENZA, *Palermo*

1903

INDICE

DEDICA . . . . *Pag.* XI
PREFAZIONE . . . . » XIII

PARTE PRIMA.

Le teorie generali.

SEZIONE I.

Natura giuridica dell'obbligazione.

§ 1. Concetto dell'obbligazione . . . . *Pag.* 1
§ 2. Dovere della prestazione e suo scopo . . . . . . » 5
§ 3. L'obbligazione e l'azione . . . . » 6
§ 4. Delle obbligazioni naturali in generale . . . . . . » 9
§ 5. Casi dell'obbligazione naturale . . . . » 12

SEZIONE II.

Cause della nascita delle obbligazioni.

§ 6. Cause della nascita delle obbligazioni in generale . . . *Pag.* 18

CAPITOLO I. — **Forma dei negozi obbligatorii.**

§ 7. Sistema romano dei contratti . . . . *Pag.* 21
§ 8. Forza obbligatoria dei contratti non formali secondo il diritto comune » 26

CAPITOLO II. — **Conclusione dei negozi obbligatorii.**

§ 9. Contratti di debito e promesse unilaterali . . . . . *Pag.* 27
§ 10. Trattative di contratti. Contratti preliminari. *Culpa in contrahendo* » 31
§ 11. Conclusione dei contratti. Contratti tra assenti . . . . » 36
§ 12. L'arra, o caparra . . . . » 41

CAPITOLO III. — **Responsabilità per negozi altrui.**

§ 13. Generalità. *Actio exercitoria* ed *institoria* . . . . . *Pag.* 44
§ 14. Le tre azioni contro chi esercita la patria potestà, derivanti dai contratti dei suoi dipendenti . . . . » 48

CAPITOLO IV. — **Requisiti dei negozi obbligatorii**

§ 15. Determinabilità della prestazione . . . . . . *Pag.* 54
§ 16. Promesse impossibili, immorali . . . . » 58
§ 16a. Negozi usurari . . . . » 63
§ 17. Interesse e valore patrimoniale della prestazione . . . . » 65
§ 18. Contratti a favore di terzi . . . . » 68

Capitolo V. — **Specie dei negozi obbligatorii.**

§ 19. Negozi obbligatorii unilaterali e bilaterali . . . . . Pag. 74
§ 20. I negozi sinallagmatici in particolare . . . . . . » 75
§ 21. Eccezione del contratto non adempito . . . . . . » 80
§ 22. Obbligazioni astratte . . . . » 82

SEZIONE III.

Contenuto ed oggetto della obbligazione.

Capitolo I. — **Essenza della prestazione obbligatoria.**

§ 23. Contenuto ed oggetto in generale . . . . Pag. 87
§ 24. Obbligazioni divisibili ed indivisibili . . . . . . » 92

Capitolo II. — **Varie categorie degli oggetti delle obbligazioni.**

§ 25. Debito di *species* e debito di *genus* . . . . . . Pag. 99
§ 26. Danaro e debiti di danaro . . . . » 102
§ 27. Obbligazioni alternative . . . . » 106

Capitolo III. — **Prestazioni speciali.**

I. — **Gl'interessi.**

§ 28. Obbligo degl'interessi in generale . . . . Pag. 111
§ 29. Interessi contrattuali e legali . . . . » 114
§ 30. Ammontare degl'interessi . . . . » 122

II. — **Obbligo degli alimenti.**

§ 31. Alimenti immediati e mediati . . . . Pag. 126

Capitolo IV. — **Luogo e tempo dell'adempimento.**

§ 32. Luogo dell'adempimento . . . . Pag. 129
§ 33. Luogo dell'azione e luogo dell'adempimento . . . . . » 132
§ 34. Tempo della prestazione . . . . » 134
§ 35. Significato giuridico della prefissione del termine . . . . » 137

Capitolo V. — **Colpa, mora, risarcimento dei danni, pena convenzionale.**

I. — **Colpa.**

§ 36. La colpa nelle obbligazioni contrattuali . . . . . . Pag. 139
§ 37. Misura della colpa nei singoli rapporti contrattuali . . . » 142
§ 38. Responsabilità per la colpa altrui . . . . » 148
§ 39. Responsabilità sino alla forza maggiore . . . . . . » 152

II. — **Mora.**

§ 40. Mora del debitore. Presupposti . . . . Pag. 155
§ 41. Conseguenze della mora del debitore . . . . . . » 161
§ 42. Fine della mora . . . . » 166
§ 43. Mora del creditore . . . . » 168

III. — **Risarcimento dei danni.**

§ 44. Il danno ed il suo risarcimento in generale . . . . . Pag. 173
§ 45. Estensione del risarcimento . . . . » 177

IV. — **Pena convenzionale.**

§ 46. Concetto. Principii fondamentali . . . . » 185

SEZIONE IV.

Trasmissione delle obbligazioni.

§ 47. Introduzione. Modificazioni delle obbligazioni . . . . . Pag. 192

I. — **La cessione.**

§ 48. La cessione e la denunciazione . . . . Pag. 195
§ 49. Atto della cessione e causa della cessione . . . . . » 199
§ 50. Oggetto della cessione . . . . » 201
§ 51. Diritti del cessionario contro il debitore ceduto . . . . » 203
§ 52. Rapporti giuridici tra il cessionario e il cedente . . . . » 209

II. — **Assunzione del debito.**

§ 53. Concetto ed effetti dell'assunzione del debito . . . . . » 211

SEZIONE V.

Estinzione delle obbligazioni.

§ 54. Cause di estinzione in generale. *Acceptilatio* . . . . . pag. 214

I. — **Pagamento, fallimento, *beneficium competentiae*.**

§ 55. Il pagamento . . . . Pag. 218
§ 56. Concorso dei creditori . . . . » 229
§ 57. Il *beneficium competentiae* . . . . » 233

II. — **Surrogati dell'adempimento.**

§ 58. Prestazione in luogo di pagamento . . . . Pag. 238
§ 59. Novazione e delegazione . . . . » 241
§ 60. Requisiti ed effetto della novazione . . . . » 245
§ 61. Pubblico deposito . . . . » 250
§ 62. Compensazione. Sviluppo storico . . . . » 253
§ 63. Presupposti della compensazione . . . . » 259
§ 64. Modo di far valere la compensazione. Effetti . . . . . » 263

III. — **Contratti di remissione.**

§ 65. Contratto di remissione volontario . . . . Pag. 267
§ 66. Remissione forzata. Concordato . . . . » 268

IV. — **Altre cause di estinzione.**

§ 67. Scomparsa del subietto . . . . Pag. 270
§ 68. Successiva impossibilità della prestazione . . . . . » 273

SEZIONE VI.

Più obbligazioni dirette al medesimo scopo Obbligazioni solidali. - Fideiussioni. - Intercessioni.

§ 69. Generalità. - *Constitutum* . . . . Pag. 277

Capitolo I. — **Obbligazioni solidali.**

§ 70. Partecipazione di più persone ai rapporti obbligatori in generale Pag. 281
§ 71. Obbligazioni correali ed obbligazioni solidali . . . . . » 282
§ 72. Teoria dell'unità delle obbligazioni correali . . . . . » 287
§ 73. Le obbligazioni correali passive . . . . » 293
§ 74. Le obbligazioni correali attive . . . . » 299
§ 75. Regolamento delle obbligazioni correali in senso stretto . . » 301

Capitolo II. — **La fideiussione.**

I. — **Introduzione storica.**

§ 76. La fideiussione stipulata . . . . Pag. 303
§ 77. Negozi con effetto di garanzia . . . . » 306

II. — **Il diritto attuale della fideiussione.**

§ 78. Essenza della fideiussione . . . . Pag. 309
§ 79. Diritti del creditore contro il fideiussore . . . . . » 312
§ 80. Diritti del fideiussore contro il debitore principale . . . . » 319
§ 81. Rapporti tra parecchi fideiussori . . . . » 323
§ 82. Fine della fideiussione . . . . » 328

Capitolo III. — **Le intercessioni.**

§ 83. Concetto e specie della intercessione . . . . . . Pag. 331
§ 84. I benefici giuridici delle donne . . . . » 333

PARTE SECONDA.

I singoli diritti di credito.

SEZIONE I.

Obbligazioni contrattuali.

Capitolo I. — **Contratti reali.**

I. — **Il mutuo.**

§ 85. Concetto. Costituzione del mutuo . . . . Pag. 343
§ 86. Valuta del mutuo . . . . » 346
§ 87. Obbligazioni derivanti dal mutuo . . . . » 351
§ 88. Mutui di danaro ai figli di famiglia . . . . . . » 354
§ 89. Il *faenus nauticum* . . . . » 358

II. — **Commodato e precario.**

§ 90. Il commodato . . . . Pag. 362
§ 91. Il *precarium* . . . . » 367

III. — Deposito.

§ 92. Concetto del deposito. Obbligazioni . . . . . . Pag. 370
§ 93. Particolari specie del deposito . . . . » 376

Capitolo II. — I contratti consensuali.

I. — Vendita e permuta.

§ 94. Concetto. Conclusione del contratto di vendita . . . Pag. 381
§ 95. Specie dei contratti di vendita. Contratti accessori . . » 389
§ 96. Perfezione del contratto di vendita. Passaggio del rischio . » 397
§ 97. Obbligazioni del compratore . . . . » 402
§ 98. Obbligazioni del venditore in generale . . . . . . » 405
§ 99. Responsabilità del venditore per l'evizione . . . . . » 409
§ 100. Responsabilità per le qualità promesse e pei vizi . . . » 422
§ 101. Le azioni edilizie in particolare . . . . » 428
§ 102. Annullamento dei negozi di vendita . . . . . . » 437
§ 103. Contratti di permuta . . . . » 404

II. — Giuoco e scommessa.

§ 104. Giuoco . . . . Pag. 442
§ 105. La scommessa . . . . » 445

III. — Donazione. Transazione.

§ 106. Concetto della donazione . . . . Pag. 446
§ 107. Obbligazioni derivanti dalla donazione . . . . . . » 452
§ 108. Limitazioni delle donazioni . . . . » 454
§ 109. La transazione . . . . » 462

IV. — Contratti di locazione.

§ 110. Le specie dei contratti di locazione. Sviluppo storico . . Pag. 467
§ 111. a) La locazione di cose . . . . » 470
§ 112. b) La locazione di servigi . . . . » 486
§ 113. c) *Locatio conductio operis* . . . . » 489
§ 114. La *lex Rhodia de iactu* . . . . » 496

V. — Mandato. Negozi affini. *Negotiorum gestio.*

a) *Mandato.*

§ 115. Concetto del mandato . . . . Pag. 500
§ 116. Le obbligazioni derivanti dal mandato . . . . . . » 506
§ 117. Estinzione del mandato . . . . » 514

b) *Sottospecie del mandato e negozi affini.*

§ 118. Contratti di garanzia . . . . Pag. 517
§ 119. L'assegno . . . . » ivi
§ 120. Il contratto estimatorio . . . . » 521

c) *La « negotiorum gestio ».*

§ 121. Sulla *negotiorum gestio* in generale . . . . . . Pag. 524
§ 122. Gestione di negozi altrui per conto altrui . . . . . » 525
§ 123. Negozi altrui per conto proprio . . . . » 537

VI. — **Il contratto di società.**

§ 124. Concetto e specie del contratto di società . . . . . *Pag.* 540
§ 125. Sviluppo del diritto di società romano . . . . » 543
§ 126. Contributi, dividendi, obbligazioni reciproche dei soci . . » 546
§ 127. Rapporto dei soci all'esterno . . . . » 551
§ 128. Fine della società . . . . » 553

SEZIONE II.

Le obbligazioni extracontrattuali.

Capitolo I. — **Le obbligazioni « ex delicto ».**

§ 129. *A*) Generalità delle obbligazioni derivanti da delitto . . *Pag.* 557
§ 130. *B*) Il *furtum* . . . . » 563
C) L'azione penale dei danni arrecati alle cose, e rimedi giuridici affini.
§ 131. Danneggiamento colposo . . . . » 572
§ 132. Lesione colposa ed uccisione di una persona . . . . . » 581
§ 133. Danni recati dagli animali . . . . » 583
§ 134. L'*actio de effusis et deiectis* . . . . » 588
D) Responsabilità per danneggiamenti diversi da quelli di cose.
§ 135. Risarcimento per la colpa in generale . . . . » 590
§ 136. *Actio doli* . . . . » 592
E) L'azione d'ingiurie.
§ 137. Concetto e principii fondamentali . . . . » 595

Capitolo II. — Le « **condictiones** ».

§ 138. *A*) Le *condictiones* in generale . . . . *Pag.* 600
B) *Condictiones* per l'acquisto in mala fede.
§ 139. La *condictio furtiva* . . . . » 603
§ 140. *Condictio ob turpem vel iniustam causam* . . . . . . » 605
C) Le *condictiones* a causa di acquisto obiettivamente ingiustificato.
§ 141. La *condictio indebiti* . . . . » 607
§ 142. La *condictio ob causam* . . . . » 617
§ 143. Le *condictiones sine causa* . . . . » 621

Capitolo III. — **I diritti d'impugnativa dei creditori lesi.**

A) *Diritto romano.*

§ 144. Sviluppo storico dell'*actio Pauliana* . . . . . . *Pag.* 622
§ 145. I principii dell'*actio Pauliana* . . . . » 625

B) *Il diritto d'impugnativa secondo le leggi dell'Impero.*

§ 146. Il diritto d'impugnativa in generale . . . . . . *Pag.* 630
§ 147. Le singole regole del diritto d'impugnativa . . . . . » 634

Appendice. — Interpretazione dei testi greci riportati nel presente volume *Pag.* 637
Indice alfabetico-analitico . . . . » 639
Tavola degli aforismi . . . . » 651
Errata-corrige . . . . » 653

AL MIO MAESTRO

VITTORIO SCIALOJA

QUESTA TRADUZIONE DELLE PANDETTE DEL DERNBURG

PRIMO MODESTO LAVORO

RIVERENTE

DEDICO

PREFAZIONE

Non è a fin di presentare agli studiosi d'Italia l'opera insigne di un maestro, che noi scriviamo qui brevi parole: l'opera è già da tempo giudicata nel valor suo, e con singolar favore accolta da quanti siano solo iniziati o sian già maturi nelle giuridiche discipline; e le edizioni che di essa si succedono, e che sempre nuovi tocchi di perfezione dànno al contenuto originale del lavoro, di questo valore, di quest'accoglienza cui partecipano dotti e studiosi, fanno testimonianza ampia, solenne. Il maestro poi che ha scritto, è uno dei grandi superstiti del ciclo d'oro degli studî romanistici in Germania; e basta nominarlo, perchè la mente ricorra ammirata ai profondi e geniali lavori condotti su speciali istituti, ed ai poderosissimi che abbracciano e spiegano l'organismo generale del diritto privato, classici gli uni e gli altri: è Arrigo Dernburg.

Sia cara dunque agli Italiani, e specialmente ai giovani, la traduzione che presentiamo di quest'opera egregia sul diritto delle Pandette: e ch'è lavoro paziente, accuratissimo, di un giovane, il quale volle condurla con l'amore grande che ha per gli studi giuridici, in cui valentemente potrà addimostrarsi, e pieno di rispetto al libro che voltò nel nostro idioma. La quale traduzione consigliammo e proseguimmo di giusti incoraggiamenti, persuasi dell'utile che ne verrebbe, e della molta opportunità sua: perchè lavori di sintesi così vigorosa non possono che agevolare e rinvigorire l'educazione giuridica, formando il criterio, ed incitando l'indagine savia, misurata.

Tra i non pochi trattati di Pandette pubblicati in Germania, questo del Dernburg va segnalato per doti singolarissime. Padrone della tecnica e della storia del diritto romano, versatissimo nel diritto moderno, l'autore sa presentare con grande arte gl'istituti giuridici nel loro svolgimento e negli ultimi risultati pratici, sicchè si sente che si tratta di materia che ha vissuto e vive. La mirabile chiarezza, la precisione incisiva della frase, la proporzione bene osservata fanno sì che gl'in-

segnamenti facilmente si apprendano e rimangano impressi nella memoria. L'opera è di quelle che si possono leggere con profitto tanto dai principianti, quanto dai provetti, tanto dagli studiosi della teoria, quanto dai pratici che cercano una guida pronta e sicura.

Certo il lettore non deve dimenticare che qui non si espone il diritto romano puro, ma il diritto comune vigente in Germania prima del recente Codice civile; ma questo diritto comune, che trae la sua sostanza dal romano puro, è figlio diretto del diritto comune italiano, dal quale furono generati in gran parte i moderni diritti d'Europa, sicchè lo studio di esso giova da una parte ai romanisti, dall'altra ai civilisti.

Accanto ai trattati maggiori, nei quali sono discusse le più minute questioni, ed esposte le più ampie notizie bibliografiche, che in questo non dovevano aver luogo, accanto ai libri originali italiani, dei quali oggi fortunatamente si viene accrescendo il numero, quest'opera del Dernburg figurerà con vantaggio nelle biblioteche dei nostri giuristi, e attesterà che noi vogliamo con animo libero da ogni pregiudizio tener conto dei progressi della scienza in tutto il mondo, evitando i danni, che provengono sempre dall'isolamento, sia questo prodotto da ignavia o da superbia.

Speriamo e ci auguriamo perciò che l'opera di Enrico Dernburg possa concorrere a rinvigorire gli studi nostri.

Affinchè poi si possa presto sentire e misurare tutto il giovamento che potrà derivarne, s'è voluto cominciar la pubblicazione dal II e dal III volume dell'opera intera, che contengono le parti speciali, non ancora complete in altre pubblicazioni simili.

La buona accoglienza sperata, se all'illustre autore sarà omaggio degno, se al traduttore sarà compenso della fatica non lieve che durò, sarà pure ragion di lieto compiacimento a noi, che suggerendo la traduzione, fidammo nel saggio criterio, nel buon volere di quanti in Italia studiano con serietà il diritto.

Vittorio Scialoja.
G. P. Chironi.

LIBRO TERZO

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

PARTE PRIMA

LE TEORIE GENERALI

SEZIONE I.

Natura giuridica dell'obbligazione (1).

§ 1. — **Concetto dell'obbligazione** (2).

I. — Le obbligazioni sono rapporti giuridici, che consistono nel dovere di una prestazione, avente valore patrimoniale, del debitore al creditore (3-4).

---

(1) Una chiara esposizione delle obbligazioni in generale offre l'opera di POTHIER, particolarmente importante pel diritto francese: *Traitè des obligations*, vol. I, pag. 1 sgg., nella edizione generale delle sue opere. Cfr. inoltre: UNTERHOLZNER, *Compilazione conforme alle fonti della teoria del diritto romano delle obbligazioni* [Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen], 2 volumi pubblicati dopo la sua morte da Huschke, 1840; SAVIGNY, *Il diritto delle obbligazioni come parte del diritto romano attuale* [Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes], vol. I e II, 1851 e 1853 — pur troppo incompleto — citato qui colle iniziali D. O. Va menzionata pure l'opera del MOLITOR, basata su conferenze, pubblicata dopo la morte dell'autore: *Les obligations en droit romain*, 3 tomes, 1851; come pure KOCH, *Diritto delle obbligazioni secondo il diritto comune e prussiano* [Recht der Forderungen nach gem. u. preussischem Recht], 3 volumi, 2ª ediz. 1859. Diritto comune contiene in preponderanza il HASENÖHRL, *Diritto delle obbl. austr.* [Oesterreichisches Obligationenrecht], pubblicato sinora: vol. I, 2ª ediz. 1892, vol. II. parte I, 1886, con numerose indicazioni bibliografiche. La parte generale tratta il RYCK, *La teoria delle obbligazioni* [Die Lehre von den Schuldverhältnissen], 1889. Il Codice civ. germ. tratta del « diritto delle obbligazioni » nel suo libro II, §§ 241 sgg.

(2) Cfr. anche vol. I, § 22, n. 1 *b*.

(3) Definizioni dei testi: pr. I. *de obligat.*, 3, 13: « obligatio est iuris vinculum, « quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis « iura », e fr. 3 pr. D. *de obl. et action.*, 44, 7; *Paulus libro 2 institutionum*: « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut « servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel « faciendum vel praestandum ». — RYCK, La *obligatio*, 1878, ci mette a parte dei tentativi per definire le obbligazioni, fatti sin dall'epoca dei glossatori.

(4) L'espressione *obligatio* ha molteplici significati. Essa denota: *a*) l'atto dell'obbligarsi (fr. 19, D. *de V. S.*, 50, 16); *b*) il vincolo obbligatorio del debitore

Le obbligazioni devono produrre un risultato economico. Esse hanno per iscopo ora la trasmissione della proprietà di cose corporee, ora la concessione dell'uso di esse, ora (e ciò in special modo è emerso nella vita moderna) servigi materiali o spirituali, ora altri vantaggi. A tal fine esse vincolano il debitore a fare, a tollerare o a non fare, come, per esempio, nel caso di un divieto di concorrenza, in forza del quale non si può esercitare un determinato negozio. A comprendere tutto ciò si adopera la parola « prestazione » (5).

Ma la prestazione deve avere un valore patrimoniale. Ciò dà alla cerchia delle obbligazioni la sua salda delimitazione (6).

Le obbligazioni appartengono di conseguenza, come i diritti reali, al diritto patrimoniale. Tuttavia le differenze, tra queste due principali categorie di diritti patrimoniali, sono assai rilevanti. Infatti i diritti reali assoggettano a noi immediatamente le cose corporee. Le obbligazioni non conferiscono alcun dominio sul mondo esteriore: esse pongono in essere un rapporto da persona, a persona riguardo ad interessi patrimoniali. Esse creano un dovere, ed operano con ciò in una sfera invisibile, in quella delle determinazioni volitive. Queste esse provocano mediante mezzi psichici. Il debitore è spinto all'adempimento in parte dal sentimento del diritto e dell'onore, in parte dal fine di ottenere una controprestazione promessagli, in parte dalla considerazione del proprio credito; sta in fondo la coazione dello Stato.

La più manifesta, e senz'altro violenta coercizione dell'obbligazione è la esecuzione forzata contro la persona del debitore, o sul suo patrimonio. Qui si appoggia l'opinione, che vuole attribuire all'obbligazione un dominio visibile, ponendo l'essenza dell'obbligazione nell'assoggettamento del debitore alla esecuzione forzata, cioè nel vincolo della persona e del patrimonio del debitore, pel caso della mancata prestazione da parte di lui (7). Ma con ciò si viene a scambiare la causa con l'effetto.

(pr. I. *de obligationibus*, 3, 13); *c*) il diritto di credito che sta di fronte alla obbligazione (fr. 3 pr. D. *de obl. et act.*, 44, 7); ed infine *d*) l'intero rapporto giuridico in ambo i riguardi. Vedi WINDSCHEID, vol. II, § 251, e le monografie ivi citate sul significato della parola *obligatio*.

(5) SCHEY, *Struttura dei diritti di credito* [Struktur der Forderungsrechte] nella *Rivista di Grünhut* [Grünhuts Zeitschrift], vol. IX, pag. 361; W. STINTZING, nell'*Archivio per la pratica civile* vol. LXXXI, pag. 449. Il Cod. civ. germanico dispone al § 241: « In forza del rapporto obbligatorio il creditore è autorizzato a reclamare dal debitore una prestazione. La prestazione può anche consistere in una omissione ».

(6) Cfr. § 17.

(7) Il BRINZ, nella *Rivista di Grünhut*, vol. I, n. 2, ha sostenuto l'opinione che « in tale vincolo stia il concetto vero della obbligazione e la ristaurazione di questo », ed ancora l'ha svolta nelle sue *Pandette*, vol. II, pag. 1 sgg. Contro di lui si è segnatamente rivolto, in una profonda disamina, G. RÜMELIN, nel-

Il diritto della esecuzione forzata sussiste a causa della obbligazione e tien dietro di essa, ma non è l'obbligazione.

II. — L'obbligazione rimanda al futuro. Un effetto deve prodursi, qualche cosa deve compiersi o venire omessa. In questo senso ogni obbligazione contiene un accreditamento, volontario o anche involontario, cioè l'aspettazione di un adempimento futuro. Così si giustifica il nome di creditore — *creditor* — in tutte le obbligazioni, anche nelle extracontrattuali (8).

Più ristretto è il concetto dei negozi di credito. Come tali i Romani designano quei contratti, pei quali vengono volontariamente affidati a un debitore dei valori, con l'obbligo della futura restituzione (9). Ma in senso particolare è negozio di credito quello pel quale al debitore si trasmette la proprietà di danaro o di altri valori in corso — per esempio, carta moneta dello Stato od anche merci in luogo di danaro — con l'obbligo del futuro rimborso di tali valori, trattisi peraltro di un debito derivante da mutuo o da cambiale, o di altri rapporti giuridici (10).

---

l'*Archivio per la pratica civile* [Archiv für die civilistische Praxis], vol. LXVIII, n. 8, al quale il BRINZ, *Ivi*, vol. LXX, n. 12, ha replicato. Il SOHM, nella *Rivista di Grünhut*, vol. IV, n. 7, ritiene come del tutto estranei al contenuto del diritto di credito gli effetti coattivi contro la persona del debitore e contro il suo patrimonio. Nella esecuzione forzata agirebbe solo la superiore energia del diritto pubblico. L'essenza del diritto reale sarebbe la forza (per mezzo del possesso), l'essenza del diritto di credito la mancanza di potere (poichè non è coperto dal possesso). Ma cfr. quanto si è osservato più sopra, vol. I, § 126. Vedi anche KUNTZE, *Le obbligazioni ed il « ius extraordinarium »* [Die Obligationem und das I. Extr.], 1886, specialmente pag. 90; KOHLER, nella *Rivista di Grünhut*, vol. XIV, pag. 3.

(8) Vedi più giù § 129 sgg.

(9) Questo concetto del credito poneva a fondamento il pretore, quando, sotto il titolo « *de rebus creditis* » emanava l'editto anche « *de commodato et de pignore* »: fr. 1, § 1, D. *de rebus creditis*, 12, 1. Cfr. PAULUS, libro 28, *al edictum*, fr. 2, § 3, D. *eod.*: « Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam « creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, « ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est, item mutuum non potest esse, « nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur, « veluti si post nuptias dos promittatur ». Ma diversamente suona il fr. 2, § 1, D. *eod.*: « Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura « consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere « suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus « ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi « non potest ». Sul concetto del credito cfr. GIORGIO COHN, nel *Manuale di diritto commerciale dell'Endemann* [ENDEMANN, Handbuch des Handelrechtes], vol. II, Sezione 6ª. Ivi si trovano delle indicazioni bibliografiche. Vedi anche SCHEY, *Rapporti obbligatorii* [Obligationsverhältnisse], vol. I, pag. 30.

(10) Cfr. PETRAZYCKI, *Il reddito* [Das Einkommen] vol. II, § 25. Secondo la legge imperiale del 19 giugno 1893, art. 4, chi « esercita l'industria dei negozi di danaro o di credito » è tenuto, sotto pubblica pena, a rilasciare ogni anno al debitore un conto per iscritto dei negozi medesimi. È dubbio che cosa ivi debba intendersi per negozi di credito. Si dovrà porre a fondamento il concetto espresso nel testo.

III. — In ogni obbligazione si fa parola di un debito, cioè di un vincolo presente oppure eventuale ad una prestazione. Ogni obbligato viene perciò chiamato debitore — *debitor* —. Ma in un senso più ristretto si parla di « debito » solo quando sussista un obbligo alla trasmissione di valori patrimoniali (11). Il mandatario, per esempio, con l'assunzione del mandato è obbligato ad impiegare la sua capacità ed attività, per l'espletamento dell'incarico a lui conferito; ma solo allora noi potremo dirlo debitore del mandante, quando egli in conseguenza del mandato, debba a lui rendere dei valori, per esempio danari riscossi.

IV. — Il diritto delle obbligazioni tratta nella sua prima parte generale dell'obbligazione come tale, cioè di ciò che è comune a tutti o almeno ai maggiori gruppi di obbligazioni, e nella sua parte speciale dei singoli modi delle obbligazioni (12-13-14).

---

(11) La differenza viene principalmente accentuata dal Brinz, *Pandette*, vol. II, pag. 33 sgg. Brinz ammette che allora esista il debito, quando la prestazione debba effettuarsi a spese del patrimonio di chi la compie, od almeno quando essa non sia possibile senza un consumo di patrimonio da parte di lui: quando dunque porti seco una diminuzione patrimoniale. — Windscheid, vol. II, § 251, nota 2, ritiene corrispondente all'uso del linguaggio, di designare come debiti soltanto i debiti di danaro. Cfr. del resto anche Rümelin, nell'*Archivio per la pratica civ.*, vol. LXVIII, pag. 183.

(12) Le pretese dirette a far valere diritti reali soggiacciono in non piccola parte a norme di diritto sviluppatesi riguardo alle obbligazioni, come, per es., quelle intorno alla cessione, ed anche alla mora, secondo alcuni. Ma questa estensione non giustifica quanto propone il Rümelin, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXVIII, pag. 192, di sottoporre addirittura quelle « pretese reali » alle obbligazioni. Le obbligazioni sono « speciali » rapporti giuridici « tra due persone » — Ryck, *Rapporti obbligatorii*, pag. 1 —; quelle pretese sono parti « costitutive » integranti di un altro diritto, del diritto reale. È questa una importante differenza di principii, ed anche praticamente rilevante. Era perciò in ogni caso, come concede il Rümelin, estraneo ai Romani il concetto di subordinare le pretese reali alle norme delle obbligazioni, § 1, I. *de act.*, 4, 6: « Omnium actionum... summa « divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam, namque « agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex ma- « leficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adver- « sarium ei dare aut dare facere oportere et aliis quibusdam modis: aut cum eo « agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re contro- « versiam, quo casu proditae actiones in rem sunt... ». Ma la sistematica deve procedere sui concetti giuridici storicamente tramandati, altrimenti essa corre pericolo di smarrirsi nel vuoto.

(13) Le obbligazioni sono spesso pertinenza di rapporti reali, familiari, successorii. Questi vengono trattati nel diritto delle cose, nel diritto di famiglia, e nel diritto di eredità.

(14) Il Cod. civ. germ. divide il diritto delle obbligazioni in sette sezioni, le sei prime contengono la parte generale del diritto delle obbligazioni, la settima tratta dei singoli rapporti obbligatorii.

§ 2. — Dovere della prestazione e suo scopo.

I. — L'obbligazione dà un mezzo per uno scopo. Il mezzo è il dovere della prestazione del debitore, lo scopo è il vantaggio che deve essere procurato al creditore (1).

L'obbligazione ha per contenuto il dovere della prestazione del debitore, cioè un diportamento di lui corrispondente allo scopo dell'obbligazione. Ma in definitiva quel che rileva al creditore è il risultato che deve ottenersi mediante la prestazione.

Onde si appalesano importanti fenomeni.

Occorre nettamente distinguere, quale sia il contenuto dell'obbligazione, e che cosa basti all'adempimento di essa.

A prima vista sembra che i due quesiti si equivalgano. E tale era nel fatto il punto di vista del diritto antico. Ma esso non si mantenne. Ciò risalta tra l'altro nella questione: chi sia autorizzato a pagare un debito. Per effetto dell'obbligazione resta vincolato solamente il debitore ed il suo erede: tale è il contenuto di essa; e nondimeno di regola chiunque, anche non debitore, può adempirla. Infatti la prestazione ad opera di chi non è debitore, produce di regola l'effetto che deve essere conseguito, non meno che la prestazione dello stesso debitore. Ciò deve bastare alla estinzione dell'obbligazione.

Dacchè le obbligazioni creano solo dei mezzi al conseguimento di determinati scopi, è inoltre possibile, che per il medesimo scopo vengano costituite parecchie obbligazioni.

Ed invero anzitutto il medesimo debitore in tale qualità può assumere varie obbligazioni. Tale è ad esempio il caso, quando il compratore promette al venditore in un'altra forma giuridica il prezzo della vendita, di cui egli è debitore in forza del contratto, il che poteva aver luogo in Roma per mezzo di una stipulazione accessoria, e ai nostri giorni spesso avviene mediante la cambiale. Così si hanno parecchie obbligazioni del debitore, ma in tutte si tratta di un sol pagamento, — del medesimo scopo.

---

(1) Acutamente G. Hartmann, *L'obbligazione, Ricerche sul loro scopo e sulla loro struttura* [Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau], 1875, ha rilevato che nella obbligazione vi sono due momenti nozionali, in quanto essa accorda un mezzo giuridico, per un determinato scopo; cfr. particolarmente pag. 31 sgg. Ma Hartmann diviene unilaterale, quando vuole eliminare dal concetto della obbligazione il diritto ad « una prestazione », e viene di conseguenza — pag. 161 — alla formulazione seguente: « La sostanza della obbligazione è solo il dovere concretamente basato e giuridicamente in qualsiasi modo assicurato, diretto a produrre lo scopo prestabilito ».

Non diverso è il caso in cui più persone promettono la medesima cosa. Anche qui esistono parecchie obbligazioni, ed un unico scopo. È questa la caratteristica del debito correale, intorno a cui tanta intensa e vana fatica si è spesa (2).

II. — Poichè le obbligazioni garantiscono giuridicamente il conseguimento di un vantaggio patrimoniale, esse rappresentano, fin dal loro sorgere, nella stima degli uomini un valore patrimoniale. Esse formano così parte costitutiva del patrimonio del creditore, della quale egli può disporre, e che in ispecie può di regola cedere e dare in pegno (3).

Quando si abbia una pluralità di obbligazioni, le quali concordemente mirano a procurare al creditore la medesima cosa, trattasi in tutte di un solo valore patrimoniale. Esse formano così nel bilancio patrimoniale del creditore una sola parte costitutiva, un'unica partita patrimoniale.

§ 3. — L'obbligazione e l'azione.

I. — Il creditore non è protetto da un possesso, come quello che può tornare a profitto di colui che è investito di un diritto reale. Di fronte al debitore negligente, egli di regola può ricorrere soltanto all'azione. Solo quindi l'obbligazione fornita di azione è perfetta (1). Essa vien detta *civilis*, perchè è protetta dalla società civile, appartenga peraltro storicamente all'antico diritto civile romano (*obligatio civilis* in senso stretto) o invece al *ius gentium* (2).

La necessità, per il creditore, di agire per ottenere il suo diritto, offre al debitore l'occasione sovente agognata di trarre in lungo l'adempimento, per modo che frattanto il creditore resta privo di quanto gli spetta, anche se ne abbia stretto bisogno, e malgrado sia possibile, che dopo la finale decisione del giudizio non più si rinvenga un patrimonio

---

(2) Cfr. in seguito § 70 sgg.

(3) Cfr. sopra vol. I, § 293.

(1) Fr. 10, fr. 108, D. *de V. S.*, 50, 16: « *Creditores* accipiendos esse constat « eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine « ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure « in diem vel sub condicione. quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. « sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur..... » — fr. 108: « *Debitor* intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest ».

(2) L'espressione è adoperata per le obbligazioni del diritto civile romano: § 1 I. *de obligationibus*, 3, 13; fr. 5 pr. D. *de pign.*, 20, 1; fr. 1, § 1, D. *de nov.*, 46, 2. « *Civilis obligatio* » è però detta anche ogni obbligazione fornita di azione senza differenza alcuna di origine: fr. 16, §§ 3, 4, D. *de fideius.*, 46, 1; fr. 7, § 2, D. *de pact.*, 2, 14. Diversamente lo Scheurl, *Riv. crit. di Heidelberg* [Heidelberg. kritische Zeitschrift], vol. 1, pag. 504.

presso del debitore. L'ideale della procedura è perciò la massima rapidità del procedimento, come la piena giustizia della decisione. Pure nel fatto facilmente si incrociano le esigenze per la realizzazione di tali postulati.

L'antico diritto romano mirava percipuamente al più rapido esaurimento del processo, Da ciò si appalesava in gran parte l'unilateralità e l'asprezza dell'antico diritto romano delle obbligazioni, e dei *iudicia stricti iuris* ad esso pertinenti. Più tardi i Romani si studiarono di uniformarsi in più alta misura alla giustizia materiale. Secondo questo punto di vista si sviluppò il diritto delle obbligazioni dopo la fine della repubblica, specialmente la trattazione dei *bonae fidei negotia* e le corrispondenti azioni. Ma l'inconveniente non veniva eliminato; il pronto esaurimento delle liti nella maniera antica era con ciò difficilmente conciliabile.

Pel diritto comune valgono in generale i principii dei *bonae fidei iudicia*; gli *stricti iuris iudicia* romani si sono trafusi in essi (3). Nondimeno il bisogno di portare rapidamente al riconoscimento giudiziale determinati crediti, ha condotto a nuovi negozi formali, e particolarmente alla cambiale (4).

II. — Nell'antica Roma severe pene processuali reagivano contro gl' indugi cagionati dal debitore al procedimento (5). Esse per la maggior parte colpivano senz'altro il soccombente, senza differenza se egli avesse condotto la lite cavillosamente, ovvero nella buona fede del suo diritto. Veramente nel fatto tale distinzione è giusta, ma poco pratica, poichè rende necessario, che al giudizio sulla causa principale segua uno spiacevole strasico sulla questione dei cavilli processuali del soccombente. Da ciò la necessità di essere cauti in generale nella inflizione di pene

---

(3) Cfr. più sopra vol. I, § 131.

(4) Sulle obbligazioni astratte cfr. più giù § 22. Del resto il diritto odierno, anche a prescindere da ciò, conosce numerosi mezzi per portare ad esecuzione i crediti il più rapidamente possibile. E segnatamente, secondo il disposto della Legge di proc. civ. germ., § 794, n. 5, le pretese derivanti da documenti, ricevuti da un tribunale tedesco o, nella forma legale, da un notaio tedesco nei limiti delle sue attribuzioni, quando essi abbiano per oggetto il pagamento di una determinata somma di danaro, o di altre cose fungibili, sono sin dalla loro scadenza esecutive, senza un preliminare procedimento giudiziale, nel caso che il debitore nel documento stesso siasi sottoposto all'immediata esecuzione forzata. Inoltre può essere pronunciata una sentenza parziale, come definitiva su di una tra parecchie pretese che sono insieme in discussione: Legge di proc. civ., § 301. In molti casi infine devono dichiararsi dal giudice provvisoriamente esecutive le sentenze di prima istanza, sia d'ufficio che sopra domanda del creditore, talchè l'esecuzione non viene arrestata dall'interposizione dei mezzi giuridici contro la sentenza: Legge di proc. civ., §§ 708 sgg.

(5) Le *poenae temere litigantium*, nell' epoca classica sono esposte da GAIO, *Inst.*, IV, §§ 171 sgg.

processuali. Nel diritto giustinianeo esse erano già diminuite di molto (6-7). Il Codice civile le ha totalmente abolite.

Il soccombente deve però di regola sopportare le spese processuali (8).

III. — L'obbligazione accorda solo un diritto di agire contro il debitore ed i suoi eredi — un'*actio in personam*. Altre persone non possono esserne riguardate. Perciò lo stesso creditore, che ha il diritto di richiedere una determinata cosa, non ha azione contro colui che l'acquistò, sebbene questi, al momento dell'acquisto, avesse conosciuto

---

(6) In parecchi casi era colpito da pene il debitore che negava la pretesa dedotta nell'azione. E segnatamente si verificava la litiscrescenza nel doppio, quando il convenuto con l'*actio legis Aquiliae*, per danneggiamento di cose, negava la sua obbligazione, vale a dire quando non si limitava a contestare l'ammontare del credito dell'attore: *infitiatione actio duplicatur, in confitentem in simplum datur*, fr. 2, § 1, D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2; cfr. §§ 19, 23, 26, I. *de action.*, 4, 6 [§ 19 cit.: « Vi « autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio con- « tinetur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, « non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in « simplum quisque agit... »]. Inoltre l'azione diretta alla restituzione di un deposito fatto in caso di straordinaria calamità, cioè del cosiddetto *depositum miserabile*, era diretta al doppio quando il depositario negava malignamente il deposito. Del pari non erano rare le pene pel mancato adempimento. In particolare il convenuto con l'*actio quod metus causa*, che non obbediva al comando del giudice di eseguire la restituzione, veniva condannato nel quadruplo. [Cfr. §§ 25, 27, I. *de action.* 4, 6; fr. 14, § 1, D. *quod metus causa*, 4, 2: « Si quis non restituat, in qua- « druplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque « restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi « facultatem, si vult poenam evitare. post annum vero in simplum actionem pol- « licetur, sed non semper, sed causa cognita ». § 27 I. cit.: « Item actio de eo, « quod metus causa factum sit, a ceteris, de quibus locuti sumus, eo differt, quod « eius natura tacite continetur, ut, qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, « absolvatur. quod in ceteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in qua- « druplum condemnatur, quod non est in furti manifesti actione »]. Così pure il gravato di un lascito a favore di una chiesa o di una pia causa doveva pagare il doppio, se ad onta dell'avviso del vescovo egli rendeva necessario il giudizio: §§ 19, 23, 26, I. *de action.*, 4, 6. Tutte queste ed altre simili *poenae temere litigantium* del diritto giustinianeo sono rimaste estranee alla pratica tedesca; oltracciò la più recente legislazione processuale ha tolto loro ogni base, se pure in generale ne avevano. Cfr. L. Seuffert, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXVII, n. 9. D'altra opinione Windscheid, vol. II, § 263, nota 15, ma cfr. anche Trib. Imp., vol. XI, pag. 419; vol. XXVI, pag. 211.

(7) Svantaggi del diniego, conservati dal diritto giustinianeo ed ancora riconosciuti nel diritto comune, si trovano nel fr. 10, § 1, D. *de fideiuss.*, 46, 1: « Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non infitietur: nam infitiantibus « auxilium divisionis non est indulgendum »; cfr. inoltre fr. 67, § 3, D. *pro socio*, 17, 2; fr. 25 pr. D. *de probat.*, 22, 3 [fr. 67 cit.: « Non alias socius in « id quod facere potest condemnatur, quam si confitetur se socium fuisse »].

(8) § 2 in fine I. *de poena temere litigantium*, 4, 16. Legge di proc. civ., §§ 91 sgg. Cfr. particolarmente Waldner, *Teoria delle spese processuali* [Die Lehre von den Prozesskosten], 1883.

l'esistenza di tale diritto. Quel creditore deve limitarsi ad esigere dal debitore, che non adempie al suo obbligo della prestazione della cosa, il risarcimento a causa dell'infrazione del contratto (9).

L'antica teoria del diritto comune non riconosceva ciò. Al creditore di una cosa specifica, particolarmente al compratore di essa, si attribuiva piuttosto un diritto alla cosa — *ius ad rem*, — che poteva esser fatto valere anche di fronte ai terzi acquirenti, quando questi avessero conosciuto quel diritto al momento dell'acquisto della cosa stessa (10).

Tutto ciò appare richiesto da esigenze etiche e dal modo di concepire del popolo tedesco. Ma una difficoltà pratica sta in ciò, che spesso non si può provare nei terzi una sicura conoscenza dei rapporti obbligatorii esistenti tra altre persone.

La più recente teoria e pratica del diritto comune è ritornata ai principii del diritto romano puro, rigettando il diritto alla cosa (11).

§ 4. — **Delle obbligazioni naturali** (1) **in generale.**

Accanto alle obbligazioni fornite di azione (*obligationes civiles*) si trovano le obbligazioni prive di azione (*obligationes naturales*).

Le *obligationes naturales*, non essendo fornite di azione, sono quindi

---

(9) C. 6 Cod. *de hereditate vendita*, 4, 39: « Alexander. Qui tibi hereditatem « vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et « ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. sed quoniam contractus « fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur ». Cfr. c. 15 pr. Cod. *de rei vind.*, 3, 32: [« Quotiens duobus in solidum praedium « iure distrahitur, manifesti iuris est eum, cui priori traditum est, in detinendo « dominio esse potiorem »].

(10) ZIEBARTH, *Esecuzione reale ed obbligazione* [Realexekution und Obligation], 1866, pag. 203 sgg.; von BRÜNNECK, *Sulla origine del cosidetto « ius ad rem »* [Ueber den Ursprung des so genannten i. a. r.], 1869.

(11) Neanche il Cod. civ. germ. menziona il *ius ad rem.* Ma cfr. Cod. civ. germ., § 883 sgg.

(1) L'opera principale è dello SCHWANERT: *L'obbligazione naturale del diritto romano* [Die Naturalobligation des röm. Rechtes], 1861. Nella introduzione di essa, pag. 7 sgg., trovasi una esposizione critica degli scritti dalla glossa in poi, e con ciò anche un sommario della bibliografia. Cfr. ancora SCHEURL, negli *Annali di Ihering* [Iherings Iahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts], vol. VII, n. 6, ed il BRINZ, *Pandette*, vol. II, §§ 219 sgg.; come pure: UNGER, nella *Rivista di Grünhut*, vol. XV, pag. 371; KUNTZE, *L'obbligazione* [Die Obligation], pag. 192; PERNICE, *Labeone*, vol. III, pag. 253. Anche il Cod. civ. germ. di fatto, se non di nome, riconosce le obbligazioni naturali. Cfr. DERNBURG, *Diritto civile* [Bürgerliches Recht], vol. II, pag. 3.

solo obbligazioni improprie, imperfette, ma non sono tuttavia prive di effetto giuridico, e in conseguenza sono pur sempre obbligazioni.

Come si spiega la loro esistenza? L'opinione dominante le caratterizza sin dai tempi antichi per le obbligazioni del *ius gentium* (2). Ma con ciò non si spiega la proprietà di esse, cioè appunto di esser prive di azione; poichè invece ben ne divennero fornite le pretese derivanti dal *ius gentium*. Altri ne ricercano il fondamento nel « diritto naturale » (3), o nella « equità » (4) ovvero nel « concepimento naturale ». Ma con ciò non penetriamo più addentro nella loro essenza (5-6).

Si tratta di un contrapposto tra la società civile e lo Stato. Alcune obbligazioni sono rispettate dalla società civile, in parte avuto riguardo alle esigenze del credito e della riputazione commerciali, in parte come corollarii del decoro e dei buoni costumi, mentre lo Stato chiude loro la via dell'azione per motivi di politica legale. Esse sono dunque estranee

---

(2) Per tale opinione si è fatto riferimento, sin dai tempi antichi, ad una osservazione di Paolo, di cui si è abusato: libro 3, *quaestionum*, fr. 84, § 1, D. *de R. I.*, 50, 17: « Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius « fidem secuti sumus ». Ma ciò significa solo, che le obbligazioni del *ius gentium* valgono nel tempo stesso come naturali. Non è detto, e sarebbe insostenibile, che tutte le obbligazioni naturali e propriamente quelle sfornite di azione abbiano radice nel *ius gentium*. Recentemente questa opinione, che fa risalire l'obbligazione naturale al *ius gentium*, è stata a preferenza sostenuta da Puchta, *Pand.*, § 237, e Savigny, *D. O.*, vol. I, pag. 22 sgg. Cfr., in senso contrario, Schwanert, *loc. cit.*, pag. 33 sgg.

(3) Era questa la teoria di A. D. Weber, *Sviluppo sistematico della teoria delle obbligazioni naturali* [Systematische Entwickelung der Lehre von der natürtichen Verbindlichkeit], 1784, 5ª ediz. 1825.

(4) Scheurl, nella *Riv. crit. di Heidelberg*, vol. I, pag. 501 sgg. Più tardi lo Scheurl nella sua monografia pubblicata negli *Annali di Ihering*, vol. VII, n. 6, non ha mantenuto la sua opinione.

(5) Il « concepimento naturale » è pel Windscheid, vol. II, § 287, nota 5, l'origine della *naturalis obligatio*. Ma anche di fronte a lui resta a domandarsi, donde proviene che il diritto non si appropria interamente tale « concepimento naturale »?

(6) Il Brinz, *loc. cit.*, richiede per l'esistenza delle obbligazioni naturali vere e proprie un contratto, un quasi contratto o un delitto, il corpo per così dire di una obbligazione completa, in modo però che siavi una qualche circostanza, che escluda l'efficacia civile o la civile perpetuazione della obbligazione. Dalle obbligazioni naturali vere e proprie il Brinz distingue i doveri che riposano sulla società familiare o dello Stato — pretese *officiales* che furono invero designate come debiti naturali, ma si dilungavano essenzialmente dalle specifiche *naturales obligationes*. A ciò si aggiungono ancora gli « obblighi naturali » che sorgono fuori della cerchia di quelle pretese medesime. In senso analogo Schwanert, *loc. cit.*, cfr. tra l'altro pag. 53 sgg. Le quali teorie vanno troppo oltre nell'analisi. Ma sia pur questa analisi da più riguardi autorizzata nella obbligazione naturale, nondimeno l'elemento comune evidentemente sussiste e va constatato.

allo Stato; nondimeno lo Stato si vede indotto a riconoscere una certa influenza delle obbligazioni dette naturali sui suoi ordinamenti.

A prescindere dall'azione, è possibile in esse ogni effetto della obbligazione perfetta. Però la loro precipua efficacia consiste nell'essere suscettibili di pagamento, in quanto la prestazione avvenuta allo scopo dell'adempimento di esse viene giuridicamente considerata come pagamento di un debito (7). In particolare accade quanto segue:

1° Prestazioni fatte scientemente, cioè con la scienza della mancanza di azione delle relative obbligazioni per l'adempimento di queste, valgono come pagamenti, non già come donazioni (8).

2° Pagamenti avvenuti per errore, cioè nell'ignoranza della mancanza di azione, non possono essere impugnati con la *condictio indebiti* da parte di chi ha pagato (9).

3° L'obbligazione naturale può divenire fondamento di una novazione, di un constituto (10).

---

(7) BRINZ, *Fogli critici* [kritische Blätter], III, riassume il contenuto della *naturalis obligatio*, col dire ch'essa è « suscettibile di pagamento, ma sfornita di azione ». Si associa ad esso lo SCHWANERT, *loc. cit.*, pag. 222. WINDSCHEID, vol. II, § 288, nota 5, non ritiene felice tale formulazione, poichè non tutti gli effetti della obbligazione naturale vengono designati come atti di adempimento. Ciò è esatto, ma però non esclude che l'effetto principale dell'obbligazione naturale consista in tale sua suscettibilità dell'adempimento.

(8) Fr. 19, § 4, D. *de don.*, 39, 5; fr. 28, D. *de cond. indebiti,* 12, 6 [fr. 19 cit.: « Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, « non erit donatio sed debiti solutio. idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate « debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat » ; fr. 28 cit.: « Iudex « si male absolvit et absolutus sua sponte solverit repetere non potest »].

(9) *Iulianus libro 53 digestorum*, fr. 16, § 4, D. *de fideiussoribus*, 46, 1: « Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine « competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus « proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt « debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse ». Cfr. su questo passo anche il WINDSCHEID, vol. II, § 288, nota 11. L'uso del linguaggio più antico aveva concepito come *naturales obligationes* solo quelle fornite di azione, derivanti dal *ius gentium*. Nell'epoca imperiale si designavano così anche le obbligazioni che sono fornite di azione o suscettibili di pagamento, e si manifestano come *debita* essendo esclusa la *condictio indebiti*. Cfr. del resto fr. 41 D. *de cond. ind.*, 12, 6, dove già Nerazio parte dal medesimo concetto espresso da Giuliano.

(10) Fr. 1, § 1, D. *de novationibus*, 46, 2; fr. 1, § 7, D. *de pecunia constituta*, 13, 5 [fr. 1, § 1 cit.: « Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum natu- « ralis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque « igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens « obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris « auctoritate promiserit »; fr. 1, § 7 cit.: « Debitum autem vel natura sufficit »].

4° Essa può validamente venire assicurata con fideiussione o con pegno (11).

5° È possibile la compensazione con crediti naturali (12). Invero essi possono prestarsi sempre alla compensazione volontaria, ma anche ha luogo la compensazione coatta.

Gli effetti in generale possibili di una obbligazione naturale non sono punto necessari, anzi nemmeno normali in ogni caso di essa (13). Le fonti prendono le mosse solo da ciò, che di regola non è ammessa la ripetizione di un pagamento dell'obbligazione naturale, anche se avvenuto per errore (14). Nondimeno ciò non va esente da eccezioni.

§ 5. — Casi dell'obbligazione naturale.

1. Accanto ai rapporti tra i cittadini si svolgeva costantemente in Roma un vivo movimento di affari tra cittadini e schiavi, come pure tra schiavi e schiavi. Gli schiavi però non restavano obbligati *civiliter* dai loro contratti, ma si consideravano obbligati *naturaliter* (1).

2. La casa del *pater familias* romano formava un piccolo mondo a sè. Ognuno ad essa appartenente poteva di fatto avere il suo particolare patrimonio e la propria industria, e contrattare col capo della casa e con i sottoposti alla medesima podestà. Ma tali obbligazioni costi-

---

(11) Fr. 60, fr. 16, § 3, D. *de fideiussoribus*, 46, 1; fr. 5 pr. D. *de pignoribus*, 20, 1 [fr. 60 cit.: « Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura tantum « debitum maneat, teneri fideiussorem respondit... »; fr. 16, § 3 cit.: « Fideiussor « accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur »; fr. 5 pr. cit.: « Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obliga- « tione...; et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali... »].

(12) Fr. 6, D. *de compensationibus*, 16, 2, Ulpianus, libro 30, *ad Sabinum*: « Etiam quod natura debetur, venit in compensationem ».

(13) Windscheid, vol. II, § 288, nota 4, osserva con fondamento: « Per ogni obbligazione naturale deve essere particolarmente determinato il suo intrinseco valore giuridico. Questo punto di vista è stato in particolar modo seguito dallo Schwanert. Io vedo in ciò il merito principale del libro di lui ».

(14) Cfr. più sopra nota 9.

(1) Fr. 13 pr. D. *de cond. ind.*, 12, 6; fr. 50, § 2, D. *de peculio*, 15, 1; fr. 14, D. *de obl. et act.*, 44, 7. Ulpianus, libro 7, *disputationum*: « Servi ex « delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex con- « tractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur « et obligant: denique si servo, qui mihi pecuniam dederat, manumisso solvam, « liberor ». Acquistava dunque lo schiavo *civiliter* pel suo padrone ed oltracciò *naturaliter* per se stesso? Cfr. Mandry, *Diritto dei beni di famiglia* [Familiengüterrecht], vol. I, pag. 94, sulle parole « *et obligant* ».

tuite nel seno della famiglia non erano fornite di azione; esse esistevano semplicemente *naturaliter* (2).

3. I contratti, conchiusi dagl'impuberi senza il loro tutore, obbligano questi civilmente, solo in quanto ne sono arricchiti (3). Prescindendo da ciò, non obbligano gl'impuberi nemmeno *naturaliter*, siccome

---

(2) Pfordten, *Monografie civ.*, 1840, mon. II: *Sulle obbligazioni delle persone insieme congiunte in forza della patria potestà* [Civilistische Abhandlungen, 2. Abh.: Ueber Obligationem zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personem]. Disamine intorno a tali specie di obbligazioni naturali contiene la famosa L. 38, D. *de cond. ind.*, 12, 6, detta dalle sue parole iniziali « *frater a fratre* ». [Africanus, libro nono *quaestionum*: « Frater a fratre, cum in eiusdem potestate « essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an « repetere possit, respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres « extitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, « si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obliga- « tionem quae fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit « consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio « huius debiti a fratre ex eo fieret, idque maxime consequens esse ei sententiae, « quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris « exactum esset, tantun iudicio eum familiae erciscundae reciperaturum a cohe- « redibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. « igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum « esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur: porro eum, quem « adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, « indemnem esse praestandum. Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque « emancipatus solvat, an repetere possit, respondit, si nihil ex peculio apud patrem « remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento « esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi « filius debuisset. Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, « non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento « probatur, quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater « ei debuisset computetur. eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio « solverit id, quod ei pater debuisset »]. Più d'uno richiede per le *naturales obligationes* delle persone *in potestate*, che all'obbligato appartenga un peculio. Cfr. segnatamente Mandry, *op. cit.*, vol. I, pag. 157. Ma a ragione osserva il Brinz, vol. II, pag. 46: « la circostanza che le persone *in potestate* potevano avere peculii, ha contribuito allo sviluppo di queste obbligazioni naturali, e noi ne riscontriamo più frequentemente l'efficacia nel diritto peculiare; ma da ciò non segue che debba esservi un peculio, perchè possa sorgere una *naturalis obligatio* ». Brinz, contro tale dipendenza dal peculio, cita il fr. 50, § 2, D. *de peculio*, 15, 1: [« Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi « potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, « non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione « fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam « etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est »].

(3) Fr. 5 pr. e § 1, D. *de auct. tut.*, 26, 8. Ulpianus, libro 40, *ad Sabinum*: « ..... in pupillum..... cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam « divus Pius rescripsit ».

viene ripetutamente dichiarato nelle fonti (4). Se dunque il pupillo paga il debito nullo, ciò ch'egli ha pagato può essere indubbiamente ripetuto.

Nondimeno anche in tali contratti vi è il germe di una obbligazione. Essi acquistano forza, se il pupillo, con l'assenso del tutore, od anche da solo, dopo raggiunta la sua piena capacità, o per lui il suo erede capace di obbligarsi ed informato dello stato delle cose, paga od espromette (5). Essi contratti inoltre possono essere di base a pagamenti, fideiussioni, novazioni, costituzioni di pegno, ad opera di terzi (6). In tanto adunque sussiste *naturaliter* una obbligazione del pupillo, in quanto persone capaci di obbligarsi possono volontariamente prestare o promettere qualche cosa in base ad essa (7).

---

(4) Fr. 41, D. *de cond. ind.*, 12, 6. Neratius, libro 6, *membranarum*: « Quod « pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia « nec natura debet »; fr. 58, D. *de obl. et act.*, 44, 7. Licinnius Rufinus, libro 8, *regularum*: « Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali « obligatur ».

(5) Fr. 19, § 4, D. *de donat.*, 39, 5; cfr. fr. 20, § 1, D. *de novat.*, 46, 2 [fr. 19 cit. rif. al § prec. nota 8; fr. 20, § 1 cit.: « Pupillus sine tutoris aucto« ritate non potest novare: tutor potest, si hoc pupillo expediat: item procurator « omnium bonorum »].

(6) Fr. 127, D. *de V. O.*, 45, 1; fr. 2, D. *de fideiussoribus*, 46, 1; fr. 95, § 4, D. *de solutionibus*, 46, 3; fr. 1, § 1, *de novat.*, 46, 2; § 3 I. *quibus modis tollitur obl.*, 3, 29 [fr. 127 cit.: « Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum « promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam « decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intel« legitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. esse autem fideiussorem obligatum « ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea »; fr. 95, § 4 cit.: « Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iure iurando « ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis quo solo sustinebatur, conventionis « aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit ex istis causis « liberari dicitur »; fr. 1, § 1 cit., rif. al § prec. nota 10; § 3 I. cit.: « Praeterea « novatione tollitur obligatio. veluti si id, quod tu Seio debeas, a Titio dari sti« pulatus sit. nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima « tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio « inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si id, quod Titio tu « debebas, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, quo casu res amittitur: « nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. non enim iuris « est, si a servo quis stipulatus fuerit: nam tunc prior proinde obligatus manet, « ac si postea a nullo stipulatus fuisset »].

(7) Così infatti in alcuni luoghi l'obbligazione del pupillo viene designata senz'altro come *naturalis*: fr. 42 pr. D. *de iure iurando*, 12, 2; fr. 21 p. D. *ad legem Falcidiam*, 35, 2; fr. 25, § 1, D. *quando dies leg.*, 36, 2; fr. 95, § 4, D. *de solutionibus* 46, 3. Come ciò possa conciliarsi coi testi sopra riportati alla nota 4, è tema sul quale assai divergenti sono le opinioni. Si tratta soltanto di punti di vista differenti. Nerazio e Licinio Rufino si occupano della questione, se l'obbligazione abbia forza obbligatoria anche di fronte allo stesso pupillo, e la risolvono negativamente, respingendo per il pupillo ogni obbligazione anche solo naturale. Gli altri scrittori che abbracciavano col loro sguardo i casi più compli-

Ciò che vale per le obbligazioni del pupillo si riferisce anche a quelle del prodigo interdetto (8), e secondo il diritto comune anche a quelle del minore uscito di tutela.

4. Il *S. C. Macedonianum* privò d'azione i mutui di danaro fatti al figlio di famiglia. Ma una *naturalis obligatio* continuò a sussistere (9-10).

---

cati del riconoscimento per parte di persone capaci di obbligarsi, ammisero sotto questa figura l'obbligazione naturale. Nella cosa in sè non era dunque divergenza di opinioni, solo l'espressione è unilaterale. Cfr. Brinz, vol. II, pag. 47; Pernice, *Labeone*, vol. III, pag. 255. Le teorie dei più recenti scrittori sono invero assai divise. Alcuni infatti negano senz'altro l'obbligazione naturale del pupillo, e riferiscono i testi che la riconoscono a casi dell'arricchimento del pupillo, il che francamente reca grave violenza ai testi medesimi. Così il Puchta, § 237, nota *h*. Altri poi vogliono ammettere tutti i possibili effetti delle obbligazioni naturali; cfr. Savigny, *D. O.*, vol. I, pag. 61. In questi ultimi tempi è divenuta dominante l'opinione qui esposta, non senza però qualche sfumatura nei particolari. Cfr. specialmente Keller, nell'*Ann. di Bekker*, vol. IV, n. 12; Krückmann, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. 85, n. 11.

(8) D'altra opinione Audibert, *Etudes sur l'histoire du droit romain*, vol. I, 1892, pag. 263 sgg.; Steiniger, *Presupposti ed effetti giuridici della interdizione*, [Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Entmündigung], 1890, pag. 23.

(9) Fr. 9, §§ 4 sgg.; fr. 10, D. *de S. C. Macedon.*, 14, 6; fr. 26, § 9; fr. 40 pr. D. *de cond. indeb.*, 12, 6 [fr. 9, § 4 cit.: « Et hi tamen qui pro filio familias « sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et « divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. at quin perpetua « exceptione tuti sunt: sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum « solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quo- « niam exonerare eos lex voluit, § 5: Quamquam autem solvendo non repetant, « 10: quia naturalis obligatio manet, 11: tamen, si non opposita exceptione con- « demnati sunt, utentur senatus consulti exceptione: et ita Iulianus scribit in « ipso filio familias exemplo mulieris intercedentis »; fr. 26, § 9 cit.: « Filius « familias contra Macedonianum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus « velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum »; fr. 40 pr. cit.: « Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere « potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur « cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de inter- « cessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum « non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuam pecuniam « acceperit et pater familias factus solverit, non repetit ».] Cfr. più sotto § 88.

(10) Il *filius familias* non può ripetere neanche quanto ha pagato durante la patria potesta: fr. 9. § 4. D. *de S. C. Maced.*, 14, 6. All'incontro le sue espromissioni ed altre promesse, mediante le quali egli si obbliga di restituire il danaro mutuatogli, soggiacciono alla *exceptio* del S. C.; nel caso contrario questo sarebbe affatto illusorio; cfr. c. 2 Cod. *ad S. C. Maced.*, 4, 28: [« Zenodorus cum sui « iuris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem « pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis consti- « tutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse « locum decreto amplissimi ordinis rationis est »]. Reca difficoltà come sia accordata la *exceptio* anche nel caso del fr. 20, D. *h. t.* [« Si is, cui, dum in potestate

I giuristi romani ne derivano il principio generale che le eccezioni *in odium creditoris* lasciano una *naturalis obligatio*, ma non già quelle *in favorem debitoris* (11). Esso però non pone in essere una legge, sibbene una osservazione giuridica, in verità anche insufficiente. Ciò mostrano i legati. Questi soffrono una diminuzione, quando all'erede non resti libera la quarta Falcidia. Indubbiamente ciò era stabilito solo *in favorem debitoris*, cioè dell'erede. Eppure l'erede non può ripetere quanto egli abbia pagato scientemente oltre la quarta, — esiste dunque una *naturalis obligatio* alla integrale soddisfazione del legato.

5. Nei casi in cui il credito perde l'azione, senza che il creditore sia stato sodisfatto, permane una obbligazione naturale, in quanto il riconoscimento di essa sia conciliabile con l'organismo del diritto e con le esigenze che condussero al disconoscimento dell'azione medesima.

In particolare il credito si mantiene come *naturalis*, malgrado della prescrizione dell'azione (12). Non si può nonostante ammettere la compensazione tra pretese già prescritte e crediti sorti dopo il compimento della prescrizione (13).

Anche l'ingiustificata assoluzione giudiziale del debitore lascia sussistere come *naturalis* il credito respinto (14). Il pagamento fatto scien-

---

« patris esset mutua pecunia data fuerat, pater familias factus per ignorantiam « facti novatione facta eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, « in factum excipiendum erit »]. — Il creditore del mutuo, conforme agli scopi del senatoconsulto, non può allegare la compensazione col credito contro il *filius familias*. DERNBURG, *Compensazione* [Kompensation], pag. 458; WINDSCHEID, vol. II, § 289, nota 21; d'altra opinione è tra gli altri il MANDRY, *Dritto dei beni di famiglia*, vol. I, pag. 522 sgg. — I terzi possono validamente assumere il debito del mutuo del figlio di famiglia, prestar per esso fideiussione od altrimenti obbligarsi. Cfr. sugli effetti della *obligatio naturalis* del *filius familias* più minuti particolari nel MANDRY, *loc. cit.*, pag. 502 sgg.; HUSCHKE, *Mutuo*, [Darlehen] pag. 91.

(11) Fr. 40 pr. D. *de cond. indebiti*, 12, 6; fr. 19 pr. D. *eod.* [Il primo di questi testi è rif. alla nota 9; fr. 19 cit.: « Si poenae causa eius cui debetur « debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest »]. Su questa regola cfr. SAVIGNY, *Sistema*, vol. V, pag. 375 e segg. [pag. 425 sgg. della traduzione italiana dello SCIALOJA]; WINDSCHEID, vol. II, § 289, nota 22.

(12) La *naturalis obligatio* dopo la prescrizione dell'azione è esaminata più sopra vol. I, § 150, nota 5. Ivi alle note 3 e 4 sono citati autori pro e contro. Una più ampia bibliografia si trova in ARNDTS, § 277, nota 1.

(13) Così appunto il Cod. civ. germ., § 390, 2° periodo: « La prescrizione non esclude la compensazione, se il credito prescritto non era ancora tale, al tempo in cui esso poteva venir compensato contro l'altro credito ».

(14) Le testimonianze delle fonti sono contraddittorie. In favore della *naturalis obligatio* si fa innanzi risolutamente il fr. 60 pr. D. *de cond. ind.*, 12, 6, PAULUS, libro 3, *quaestionum*: « Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente « adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec con- « demnatus repetere possèt: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor per- « manet ». Un' applicazione di ciò è fatta dal fr. 28, *loc. cit.*, 12, 6, PAULUS,

temente, come pure il constituto, la fideiussione, le garanzie di altra specie sono giuridicamente valide. Finchè però sia ancora in questione l'inoppugnabilità della sentenza, non può parlarsi di *naturalis obligatio.*

6. I contratti di debito privi della forza legale danno origine ad obbligazioni naturali, in quanto risulti certa la volontà di obbligarsi (15-16).

7. Ciò che è richiesto dal buon costume costituisce una obbligazione naturale almeno nel senso, che non possa essere ripetuto

---

libro 32, *ad edictum*: « Iudex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, « repetere non potest ». Il credito resta dunque solvibile. TRYPHONINUS, libro 8, *disputationum*, fr. 13 D. *quibus modis pignus solvitur*, 20, 6, si pone invece da un punto di vista opposto « ..... si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit « debitor, tamen pignus liberatur ». Cfr. DERNBURG, *Diritto di pegno* [Pfandrecht], vol. II, p. 585. Nel diritto giustinianeo siffatte decisioni si possono conciliare assai bene nella maniera tenuta dallo SCHWANERT, *loc. cit.*: « La *obligatio* perdura come *naturalis*, ma soltanto nella estenzione permessa dal valore della *res iudicata* ». Perciò niuna compensazione naturalmente con tali crediti; inoltre il debitore può ripetere quanto ha pagato dopo il giudicato, nell'ignoranza di questo. Il Codice civ. germ. lascia indecisa la questione.

(15) Un caso di una obbligazione semplicemente naturale si ha anche, quando, conforme al § 17 della legge sulla costituzione dei tribunali, è costituita una Corte per i conflitti di competenza, e questa abbia escluso la via giudiziaria, per motivi politici, riguardo a un credito verso lo Stato; come per esempio è avvenuto per i crediti degli eredi allodiali del Principe Elettore di Assia contro lo Stato Prussiano. Cfr. il mio parere giuridico intorno a coteste pretese, 1893 [§ 17 cit.: « I tribunali decidono sull'ammissibilità della via giudiziaria. Però la legislazione territoriale può trasferire la decisione di controversie tra i tribunali e le autorità amministrarive o i tribunali amministrativi sulla ammissibilità della via giudiziaria a speciali autorità, secondo il tenore delle seguenti disposizioni... »].

(16) Le fonti riconoscono una *naturalis obligatio* nel caso di una promessa di interessi, senza la forma della stipulazione richiesta secondo il diritto romano: fr. 5, § 2, D. *de solutionibus*, 46, 3; fr. 11, § 3, D. *de pigneraticia actione*, 13, 7. Che i Romani considerassero come obbligatorii *naturaliter* anche altre promesse di debito prive di forma, è dimostrato come probabile da HELLMANN, nella *Riv. d. Fond.* di Savigny, Parte Rom. [Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abtheilung], vol. XII, n. 14. Riguardo al fr. 1, § 2, D. *de V. O.*, 45, 1, vedi ivi pag. 352: « [Si quis ita interroget ' dabis? ' responderit ' quid ni? ', et is utique « in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum « autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte « dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem »]. Contro l'ammissibilità di una obligazione naturale stanno specialmente il HOLTIUS, tradotto dal SUDRO, vol. I, pag. 7, ed il BRINZ, *Fogli critici*, III, pag. 16. Cfr. anche HOFMANN, *Cause della nascita dell'obbligazione* [Entstehungsgründe der Obligation], pag. 31. Naturalmente la legge può statuire le prescrizioni sulla forma nel senso, che debba esser negato ogni effetto del contratto semplicemente formale, anche l'effetto naturale. Tale è ad esempio il caso quando si richieda l'insinuazione giudiziale per le donazioni maggiori. Cfr. anche Codice civ. germ., § 125: « Un negozio giuridico che manca della forma prescritta dalla legge, è nullo ».

quanto fu prestato in conformità di esso. Così segnatamente nel caso della costituzione di una dote, fatta dalla moglie al marito e dal suocero al genero, nella falsa credenza di esservi obbligati (17-18).
Le obbligazioni naturali si radicano nella concezione che la civile comunanza ha dell'insieme dei proprii rapporti. Ond'è che il loro numero non si limita ai casi riportati nelle fonti. Ad esempio il debitore fallito, che per accordo colla maggioranza dei creditori abbia ottenuto una parziale remissione dei suoi debiti, resta obbligato *naturaliter* al pagamento integrale (19). Se egli perciò paga in seguito quanto gli venne rimesso, si ha estinzione di un debito, e non una liberalità; così pure le garanzie più tardi costituite per il pagamento integrale sono giuridicamente valide. Ma le pretese condonate per effetto dell'accordo non possono essere di base ad una compensazione coatta.

SEZIONE II.

Cause della nascita delle obbligazioni.

§ 6. — Cause della nascita delle obbligazioni in generale.

La principale divisione delle cause della nascita delle obbligazioni presso i Romani, è quella che si riscontra nelle obbligazioni *ex con-*

(17) Fr. 32, § 2, D. *de cond. indeb.*, 12, 6; cfr. inoltre anche fr. 26, § 12, D. *eod.* [fr. 32, § 2 cit.: « Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, « quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relin- « quitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest »; fr. 26, § 12 cit.: « Libertus cum se putaret operas patroni debere, solvit: condicere eum non « posse, quamvis putans se obligatus solvit..... : natura enim operas patrono « libertus debet... »]. Le donazioni possono in date circostanze generare un obbligo naturale a « doni reciproci »: fr. 25, § 11, D. *de her. pet.*, 5, 3; ma parlare perciò di « un obbligo naturale alla gratitudine » è andar troppo oltre. [Fr. cit.: « Con- « suluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in « id dumtaxat teneantur, in quo locupletior facti sunt. quemcumque igitur sumptum « fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti « putant, non praestabunt. nec si donaverint locupletiores facti videbuntur, « quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. plane si ἀντίδωρα « acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: « velut genus quoddam hoc est permutationis »].

(18) Il Cod. civ. germ. al § 814 dispone: « Quanto si è prestato allo scopo dell'adempimento di una obbligazione non può essere ripetuto, ... se la prestazione corrispose ad un dovere morale o ad un doveroso riguardo verso il decoro ».

(19) Così Decis. del Trib. Imp., vol. XXXXII, pag. 118, ma in senso contrario Seuffert, *Archiv.*, vol. XXXXV, n. 7. — Cfr. ancora Seuffert, *Archiv.*, vol. XVIII, n., 140, intorno al caso del pregiudizio nella cambiale per ritardato protesto.

tractu, ed obbligazioni *ex delicto* (1). Essa riposava su di un contrapposto di principii.

I contratti sono le convenzioni fornite di azione. Essi sono i mezzi del commercio (2).

I delitti sono atti colpevoli puniti dal diritto e gravati da pene private. Le obbligazioni derivanti da delitti avevano in Roma scopi precipuamente punitivi, malgrado fossero regolate dal diritto privato (3).

Il contrapposto risaltava in numerosi ed importanti principii giuridici. Anzitutto le obbligazioni contrattuali erano di regola ereditarie, non erano tali le obbligazioni derivanti da delitto (4). Inoltre il padre di famiglia, che aveva dato un peculio a chi era sotto la sua potestà, poteva esser chiamato a rispondere sino all'ammontare del peculio per i contratti dallo stesso conchiusi, ma non già per i delitti; riguardo a questi egli era tenuto solo colle azioni nossali (5).

---

(1) GAIUS, *Inst.*, III, § 88: « (Nunc transeamus) ad obligationes, quarum summa « divisio in duas species deducitur : omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur « vel ex delicto ». Cfr. GAIUS, *Inst.*, IV, § 1; § 1 I. *de action.*, 4, 6.

(2) *Contrahere* — che nel significato originario vale « stringere insieme » —, ed anche *contractus*, è espressione adoperata dai Romani in senso lato per ogni costituzione di rapporti giuridici tra individui. Cfr. SCHLOSSMANN, *Contratto*, pag. 23 sgg. Ma in seguito, e propriamente avuto riguardo alla divisione delle obbligazioni (*ex contractu* ed *ex delicto*), si formò l'uso del linguaggio più ristretto, secondo il quale « contratti » sono le convenzioni fornite di azione. E Gaio in ispecie, che seguiva quella divisione, parte regolarmente da questo concetto. Cfr. GAIUS, *Inst.*, III, § 91 ; fr. 5, D. *de obl. ed action.*, 44, 7. Secondo questi testi la *conventio* fornita di azione è *contractus*, quella sfornitane è semplicemente *pactum*. Cfr. fr. 7 pr. § 1 e fr. 2, D. *de pactis*, 2, 14 [fr. 7 cit.: « Iuris gentium con- « ventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones ; 1 : Quae pariunt « actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen con- « tractus... » ; fr. 2 cit.: « Labeo ait convenire posse vel re : vel per epistulam « vel per nuntium inter absentes quoque posse. sed etiam tacite consensu conve- « nire intellegitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos « convenire ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit »]. A volte i Romani designano come *contractus* soltanto le convenzioni « lucrative » fornite di azione : fr. 25, § 1, D. *de obl. et action*, 44, 7, verb. *sui lucri causa*: [« ... ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit... »].

(3) Cfr. più sopra, vol. I, § 130.

(4) Fr. 111, § 1, D. *de R. I.*, 50, 17 ; GAIUS, *Inst.*, IV, § 122 ; fr. 49, D. *de obl. et act.*, 44, 7 [fr. 111 cit. : « In heredem non solent actiones transire, quae « poenales sunt ex maleficio, veluti furti, damni iniuriae, vi bonorum raptorum, « iniuriarum » ; fr. 49 cit.: « Ex contractibus venientes actiones in heredes « dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo « fecerit aut is apud quem depositum est : quo casu etiam cum filius familias aut « servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis »].

(5) Fr. 1, D. *de nox. act.*, 9, 4: [« Noxales actiones appellantur, quae non ex « contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur : « quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis « deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem »].

Non tutte le obbligazioni nascono da contratti o da delitti, ma tutte hanno in prima linea scopi patrimoniali, o scopi punitivi. Quindi quelle obbligazioni che non derivavano nè da contratti nè da delitti vengono dai Romani designate o come *quasi ex contractu* ovvero come *quasi ex delicto* (6). Le prime partecipavano alle norme di diritto fissate per i contratti, le altre a quelle stabilite pei delitti (7).

Pel diritto odierno le azioni derivanti da delitto non perseguono più scopi punitivi, ma solo un risarcimento patrimoniale, e perciò nè in forza dei principii generali nè per le singole regole di diritto trovansi più in brusco contrapposto colle altre obbligazioni di carattere patrimoniale; esse non occupano neanche più un posto così largo come in Roma (8).

Di conseguenza il criterio di divisione che si presenta come il più naturale è che una gran parte delle obbligazioni riposa su negozi

---

(6) Già Gaio, libro 2, *aureorum*, fr. 1 pr., D. *de obl. et act.*, 44, 7, allarga la sua primitiva classificazione (cfr. più sopra nota 1): « obligationes aut ex contractu « nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris ». Più oltre (libro 3, *aureorum*, fr. 5, D. *eod.*) egli viene all'altra classificazione delle obbligazioni in *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*. Perciò il § 2, *Inst. de oblig.*, 3, 13, ci dà la tetracotomia: « aut enim ex contractu sunt aut quasi ex « contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio ».

(7) Cfr. fr. 1, §§ 7 sgg. e fr. 5, § 5, D. *de his qui effuderint*, 9, 3 [fr. 1 cit.: « Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum « quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum « itaque filium haec actio competit; 8: Cum servus habitator est, utrum noxalis « actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio quia non ex « delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil « nocuerit. sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem « officio iudicis corrigendum »; fr. 5 cit.: « Haec autem actio, quae competit de « effusis ei deiectis, perpetua est et heredi competit in heredem vero non datur. « quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum dumtaxat « competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam « est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc « actionem et potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve « defunctum contingant. sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed « si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure heredi- « tario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario « transire ad successores non debet quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex « bono et aequo oritur »].

(8) Cfr. più sotto § 129. Neanche il gruppo dei quasi contratti può esser più conservato intatto. Esso abbraccia rapporti assai varii. È vero che alcuni singoli rapporti obbligatorii, che i Romani ponevano tra i quasi contratti, hanno un'intima affinità con determinate obbligazioni contrattuali, talchè l'analogia di queste può essere per quelli adoperata: ciò vale segnatamente per la *negotiorum gestio* in rapporto al mandato. Ma tale particolarità non si riscontra in tutti i quasi contratti romani. Cfr. Ramm, *Il quasi contratto* [Der Quasikontrakt], 1882.

giuridici, ma una parte non meno importante si ricollega ad altre fattispecie (9).

Le fattispecie di questo secondo gruppo sono della natura più varia. Delitti, arricchimenti ingiustificati, relazioni di parentela e sociali servono ad esse di base.

I principii generali vanno sviluppati solo riguardo alle obbligazioni derivanti dai negozi giuridici.

Capitolo I.

Forma dei negozi obbligatorii.

§ 7. — Sistema romano dei contratti (1).

A costituire l'obbligazione basta ogni accordo di volontà del creditore e del debitore, comecchessia dichiarato? ovvero è necessario un modo determinato — una forma — della dichiarazione, che esprima in modo non ambiguo che sia dovuta una prestazione e in che cosa debba consistere?

Su questa questione i popoli sono divisi da secoli.

I Romani richiedevano una forma, affinchè la conclusione del negozio si staccasse in modo reciso dagli abboccamenti e dalle trattive preliminari (2). A ciò serviva di preferenza la stipulazione.

La stipulazione era un contratto orale tra presenti, nel quale i partecipanti scambiavano senza interruzione domanda e risposta. Il creditore, lo stipulante, doveva fare la domanda, nella quale formulava le condizioni del negozio, talchè al debitore, il promittente, non restava che di rispondere affermativamente. Nella sua forma più semplice la stipulazione suonava così: *centum dare spondes? spondeo* (3).

---

(9) Diversamente il Brinz, vol. II, § 247.

(1) Gneist, *I contratti formali del moderno diritto romano delle obbligazioni* [Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechtes], 1845; A. Pernice, nella *Riv. della Fond. di Savigny P. R.*, vol. IX, pag. 195; L. Seuffert, *Per la storia dei contratti obbligatorii* [Zur Geschichte der obligatorischen Verträge], 1881. Naturalmente non abbiamo qui in mira una completa esposizione del sistema romano dei contratti e dello sviluppo di esso, piuttosto intendiamo solo di dar rilievo a quanto è essenziale alla intelligenza del diritto romano nuovo.

(2) Pauli *Sententiae*, II, 14, § 1: « ex nudo pacto inter cives Romanos actio « non nascitur ».

(3) Cfr. fr. 1 pr., D. *de verb. obl.*, 45, 1: [« Stipulatio non potest confici nisi « utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem « contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si « quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret

Circa le stipulazioni si adottarono dall'uso dei documenti, i quali fissavano in iscritto la parola orale, che per sua natura tosto svanisce. Non era ciò una necessità giuridica, ma era già nel costume al tempo di Cicerone (4).

Ai Greci, i quali prima e dopo il loro assoggettamento furono in vivo commercio coi Romani, era estranea la forma della stipulazione. Presso di essi la redazione in iscritto era la regola; nondimeno non erano inefficaci i contratti privi di forma, quando si avevano per essi dei testimoni (5). Il che man mano riuscì a guadagnare una rilevante influenza sul diritto romano (6).

Penetrò di buon'ora in Roma il concetto, che in alcuni negozi la lealtà e la sincerità — la *fides* — richiedessero dal cittadino onesto l'adempimento anche della parola data senza alcuna forma. Vero è che in origine ebbe soltanto peso su di lui la considerazione del credito e della pubblica opinione; e in parte aggiungevasi la minaccia della infamia. Ma alla fine furono stabilite delle azioni, per le quali si otteneva l'adempimento di quei negozi, quand'anche conchiusi senza forma (7).

Ben rimase la stipulazione come regola per la contrattazione delle obbligazioni; ma questa regola venne sempre più elusa da eccezioni assai estese.

« ei ex stipulatu actionem. idem si quis obligari velit, iubeat et erit quod ius « obligatus »]. Sulla storia dell'origine delle stipulationi vedi DANZ, *La protezione sacrale*, 1857; KUNTZE, *Digressioni sulle Istituzioni*, pag. 157.

(4) CICERO, *Topica*, cap. 25, 26.

(5) MITTEIS, *Diritto imperiale e diritto popolare* [Reichsrecht und Volksrecht], 1891, pag. 459, 514.

(6) È questa una ipotesi. Essa trova un appoggio, in verità malsicuro, nella tradizionale attestazione dei giuristi romani, che « ex iure gentium omnes paene « contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depo- « situm, mutuum, et alii innumerabiles ». § 2 i. f. I. *de iure naturali*, 1, 2. A sorreggerla ancora servono numerose analogie, tra l'altro il fatto dell'introduzione, dal diritto greco, dell'ipoteca non formale.

(7) Fr. 11, § 1, D. *de a. e. v.*, 19, 1: [« Et in primis sciendum est in hoc « iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei « iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter con- « trahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae natu- « raliter insunt huius iudicii potestate »]. PERNICE, *Labeone*, vol. I, pag. 408 sgg. ha dimostrato che la *fides* ebbe una decisiva influenza sullo sviluppo dell'azione accordata ai contratti non formali, in ispecie per il mandato e per la società. Ivi nondimeno secondo il nostro concetto si ha solo un periodo di transizione. Allorchè nella vita si fece sentire il bisogno che alcuni contratti non formali venissero osservati, formossi anzitutto l'idea che la *fides* reclamasse il fedele adempimento di quei contratti medesimi, e dopo che questa convinzione si ebbe radicata, venne concessa un'azione contro colui che a quella fede veniva meno.

Nell'epoca imperiale si distinguevano perciò quattro categorie di contratti, e propriamente contratti reali, verbali, letterali e consensuali (8).

1. Contratti reali sono il mutuo, il commodato, il deposito e il pegno. I contratti reali sono negozi composti (9). L'una parte dà una cosa in proprietà, ovvero in possesso, od almeno in detenzione, e l'altra parte si obbliga alla restituzione.

2. Contratti verbali erano principalmente le stipulazioni.

Però nell'epoca imperiale i documenti che accompagnavano le stipulazioni assunsero praticamente quasi il carattere di contratti letterali. Bastava infatti, che in essi fosse riconosciuta per iscritto la promessa del promittente. La controprova, che l'atto orale fosse stato omesso, divenne inammessibile; si concesse soltanto la prova, che al giorno della compilazione del documento una delle parti non fosse stata nel luogo, da cui quello datava (10).

3. Pel diritto romano antico i contratti letterali venivano conchiusi per mezzo della iscrizione nel registro del creditore, cioè nel

---

(8) Gaius, *Inst.*, III, § 89 : [« Et prius videamus de his quae ex contractu « nascuntur. harum autem quattuor genera sunt : aut enim re contrahitur obli- « gatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu »].

(9) Cfr. segnatamente Brinz, vol. II, § 228.

(10) Paulus, *Sent.*, V, 7, § 2 ; fr. 134, D. *de verb. obl.*, 45, 1 ; c. 1, Cod. *de contrahenda stipulat.*, 8, 37 ; inoltre c. 14, Cod. *eod.* [Paul., *Sent.* cit. : « Ver- « borum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. quod « si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si « interrogatione praecedente responsum sit » ; fr. 134 cit. : « ... et interpositum « est instrumentum... Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus conve- « nisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen ut « non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio » ; c. 1, Cod. cit.: « Licet « epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum cui « cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente « stipulatione vocem spondentis secutam » ; c. 14 cit. : « ... sancimus tales scrip- « turas omnifariam esse credendas et, sive adscriptus fuerit servus et ad quandam « personam dicitur pertinere, credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipu- « lationem et eam esse scripto domino adquisitam et non dubitari, si servus ipse « praesto fuerit vel eius domini fuit is, pro quo scriptus est fecisse stipulationem : « Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si « tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi « instrumentum scriptum est, nisi is qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis « ac manifestissimis probationibus ex melius quidem, si per scripturam, sed saltem « per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel « adversarium suum eo die civitate adfuisse : sed huiusmodi scripturas propter « utilitatem contrahentium esse credendas »]. Gneist, *loc. cit.*, pag. 253 ; Mitteis, *Dr. Imp.*, pag. 459. — Sul contratto reale-verbale ammesso dal Wendt negli *Annali dello Ihering*, vol. XXVIII, n. 1, vedi Pernice, nella *Riv. della Fond. di Savigny*, P. R., vol. XIII, pag. 246.

codex accepti et expensi, con l'assenso del debitore. Nel diritto giustinianeo ciò è antiquato. Ciò che in esso vien detto contratto letterale è una figura giuridica ambigua (11).

4. In fine come contratti consensuali, in seguito al semplice accordo non formale delle volontà, vi erano quattro contratti forniti di azione, aventi ciascuno un contenuto tipico esattamente determinato: tali erano la vendita, la locazione, il mandato e la società.

Si aggiunsero inoltre alcuni negozi, ai quali il pretore (12), come pure imperatori posteriori (13), avevano concesso le azioni, ed erano i cosiddetti *pacta praetoria* e *legitima*.

La cerchia dei contratti consensuali bilaterali forniti di azione era rigorosamente delineata. I negozi non formali bilaterali, i quali non rientravano nei tipi della vendita, della locazione, del mandato e della società — cioè i contratti innominati — non erano quindi forniti di azione.

Ma qui emerse un nuovo e importante momento: l'adempimento. A colui, che in forza di siffatti negozi avesse da parte sua eseguito la prestazione, competeva sin dai tempi antichi la *condictio sine causa* per la ripetizione della cosa prestata, nel caso che l'attesa controprestazione fosse venuta a mancare. Dall'epoca imperiale poi gli si accordò, una pretesa diretta alla promessa controprestazione.

L'impulso fu dato dal contratto estimatorio. È questo un negozio pel quale vien consegnata ad un rivenditore una cosa perchè la venda, col patto che restituisca o la cosa stessa, ovvero il prezzo di stima convenuto (14). Un tale contratto non è nè vendita, nè locazione, e neanche mandato. Perciò il pretore accondiscese a stabilire per esso una particolare azione « *ex fide bona* », la *aestimatoria praescriptis verbis*, per mezzo della quale si poteva reclamare dal rivenditore la cosa ovvero il prezzo (15).

---

(11) Vedi su di ciò § 87, nota 10.

(12) Il caso principale era il *constitutum*. Cfr. più sotto, § 69.

(13) Tra tali negozi si annovera in principal modo la promessa di donazione: c. 35, § 5, Cod. *de donat.*, 8, 54.

(14) Cfr. più giù § 120.

(15) KARLOWA, *Negozio giuridico* [Rechtsgeschäft], pag. 254, ha osservato pel primo che l'*actio aestimatoria* è stata il punto di partenza per i contratti innominati, e che non fosse proposta nell'editto pretorio un'*actio praescriptis verbis* generale, destinata per tutti i casi relativi. LENEL, *Edictum*, pag. 237, ha svolto questo concetto sino alla piena convinzione. Cfr. fr. 1 pr., D. *de aestimatoria*, 19, 3; fr. 1, § 1, D. *de rerum permutat.* 19, 4; fr. 2, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5 [fr. 1 pr. cit.: « Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis « dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter « aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse vilior, an ex con- « ducto quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc

Analogamente a questa azione, il pretore più tardi, fondandosi sull'autorità di grandi giureconsulti, particolarmente di Labeone, concesse anche per altri contratti bilaterali innominati, a colui, che da sua parte aveva adempito l'obbligazione, un'azione *praescriptis verbis* diretta alla controprestazione promessa. Ciò invero non riposava nè sulla legge, nè sull'editto, ma soltanto sulla opinione di giuristi, più o meno controversa, e sulla pratica pretoria. Tanto più agevolmente si comprende, come alla parte adempiente, oltre del nuovo rimedio, venne conservata la *condictio sine causa* che le spettava sin dai tempi antichi, diretta alla restituzione della cosa prestata. Gli rimase quindi un diritto di pentirsi, cioè la facoltà di ritrarsi dal negozio, finchè non avesse accettato la controprestazione (16).

« actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, « conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis « verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare « omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus »; fr. 1, § 1, cit.: « Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur in factum dandam « actionem respondetur »; fr. 2 cit.: « ... nam cum deficiant vulgaria atque usitata « actionum nomina, praescriptis verbis agendum est... »]. Cfr. del resto sulla espressione « *actio* » *praescriptis verbis*, il Gradenwitz, *Interpolazioni* [Interpolationen], pag. 123; Lenel, nella *Riv. della Fond. di Savigny P. R.*, vol. IX, pag. 131.

(16) Senza dubbio competeva al datore una *condictio sine causa* (e quindi un diritto di recedere dal negozio), se l'accipiente era in mora nella controprestazione: fr. 1, § 4, D. *de rerum permut.*, 19, 4: [« Igitur ex altera parte traditione facta « si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res reddita nobis reddatur, sed « in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res « contra nobis reddatur condictioni locus est quasi re non secuta »]. Ma aveva il datore anche un diritto di recesso ed una cosidetta *condictio ex poenitentia*, prima che l'altra parte fosse in mora nella controprestazione, e particolarmente se il tempo stabilito per la prestazione non ancora fosse decorso? Così era in ogni caso nel diritto giustinianeo: fr. 3, §§ 1, 2; fr. 5 pr., § 1, D. *de cond. causa data*, 12, 4 [fr. 3 cit.: « Idem erit et si quid dedero, ne Stichum manumittas: nam se« cundum distinctionem supra scriptam aut admittenda erit repetitio aut inhibenda. « Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas: si non facis possum condicere, aut « si me paeniteat, condicere possunt »; fr. 5 pr., § 1 cit.: « Si pecuniam ideo « acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis « vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiscereris, an condici possit « videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed « cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, « nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. nam si ita « se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut « necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, « iam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio « cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut « indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti. Si servum quis tradiderit alicui « ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui tra« diderit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissum post paenitentiam,

§ 8. — Forza obbligatoria dei contratti non formali secondo il diritto comune (1).

1. Il sistema romano dei contratti non era adatto ad essere ricevuto in Germania. Ad esso mancavano interna armonia e giustezza logica. Poichè invero il principio della necessità della forma non era stato in esso eliminato, ma arbitrariamente frustrato per via di eccezioni, che in gran parte riposavano su eventualità storiche; per di più la forma della stipulazione non trovava alcun punto d'appoggio nella vita moderna.

Tuttavia i civilisti del medio evo sostenevano ancora essere i *pacta nuda* sforniti di azione. Ma i canonisti si decisero per l'adempimento coatto di essi (2). In seguito di che fu stabilito fermamente nella teoria, e divenne massima indiscussa di diritto consuetudinario, essere i contratti obbligatorii non formali provvisti di azione (3-4).

2. Di conseguenza anche i contratti innominati romani, subito dopo la conclusione, son forniti di azione per ambo le parti. Non è dunque necessario più l'adempimento, ad avere il diritto di agire per la controprestazione. Una conseguenza di ciò fu, che venne meno il diritto di pentirsi in colui che aveva eseguito la prestazione, senza che fosse avvenuta la controprestazione; dacchè egli ha adempito al suo

---

« attamen actio propter paenitentiam competit ei qui dedit. plane si non manu-
« miserit, constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum paenituerat eum
« qui in hoc dedit »]. Che questi luoghi però siano interpolati è dimostrato dal GRADENWITZ, *Interpolazioni*, pag. 146. Così pure il PERNICE, *Labeone*, vol. III, p. 262.

(1) LOTARIO-SEUFFERT, *Storia dei contratti obbligatorii*, 1881; R. STINTZING, Recensione di quest'opera nella *Rivista critica trimestrale* [Kritische Vierteljahrsschrift], vol. XXIII, pag. 489.

(2) Cfr. quelli citati dal SEUFFERT, *loc. cit.*, pag. 45.

(3) Il più antico diritto tedesco richiedeva del pari delle forme per la validità dei contratti. Cfr. STOBBE-LEHMANN, *Dr. pr.*, vol. III, § 210, pag. 108, e gli autori ivi citati. Ma già nella seconda metà del medio evo si fece valere in molteplice guisa la regola, che si dovesse osservare anche la parola data senza forma alcuna.

(4) La mancanza di formalità dei negozi obbligatorii non va esente da timori. Essa porta seco il pericolo, che vengano intentate delle azioni in base a manifestazioni inconsideratamente fatte alla sfuggita, come pure che sorgano lunghe e difficili controversie sul contenuto e sulla portata dei contratti non formali. Ed allora si viene alle oscillanti attestazioni dei testimoni ed al giuramento decisorio, mezzi istruttorii non certo molto propizii. Nondimeno anche il Cod. civ. germ. sancisce il principio della libertà nella forma, pur sempre però limitato da rilevanti eccezioni.

debito, è soltanto autorizzato a richiedere la controprestazione promessagli (5).

3. Si dovè sollevare la questione se i contratti reali romani conservino ancora questo carattere, o se si siano trafusi nella grande massa dei contratti consensuali. Il mutuo semplice è dunque ancor oggi un contratto reale, talchè la prestazione della valuta per parte del mutuante debba intendersi avvenuta come *obligandi causa*? Ovvero è divenuto esso un contratto consensuale, per modo che la consegna della valuta debba ritenersi avvenuta *solvendi causa*, cioè come estinzione della obbligazione assunta dal mutuante per via del contratto di mutuo? (6). La prima ipotesi è la vera. Corrisponde al modo di vedere del commercio e della vita, che le obbligazioni derivanti da mutuo, da deposito, dal commodato, si colleghino solo alla recezione della cosa. Di conseguenza tali negozi costituiscono pur sempre un gruppo separato. Veramente essi sono contratti reali in un senso diverso che in Roma, poichè la consegna non costituisce più come in Roma una condizione positiva ed imprescindibile dell'azione, ma un contrassegno della perfezione del contratto, da supporsi come voluto dalle parti, secondo l'anzidetto modo di vedere nel campo degli affari.

Ciò vale tanto pel diritto comune, quanto anche secondo il Codice civile tedesco (7).

4. Malgrado che non vengano più conchiuse stipulazioni, si parla ancora oggi di « stipulanti » e di « promittenti ». Stipulante è quegli che conchiude un contratto di qualunque specie per divenir creditore, promittente quegli che lo conchiude per divenire debitore.

Capitolo II.

Conclusione dei negozi obbligatorii.

§ 9. — Contratti di debito e promesse unilaterali.

1. Le obbligazioni vengono di regola costituite mediante contratti, in cui il creditore accetta una promessa di debito del debi-

---

(5) Queste conseguenze ottennero riconoscimento a poco per volta soltanto, e non senza opposizioni. Seuffert, *loc. cit.*, enumera degli scrittori del nostro secolo che sostengono come avente valore pratico la teoria romana dei contratti innominati (pag. 144).

(6) La questione è assai controversa. Cfr. Demelius, *Il contratto reale nel diritto odierno* [Realkontrakt im heutigen Rechte], negli *Annali dello Ihering*, vol. III, n. 5; Unger, *ivi*, vol. VIII, n. 1; Schey, *Rapp. Obbl.*, pag. 36.

(7) Cfr. Cod. civ. germ., § 607: Chi ha ricevuto danaro od altre cose fungibili a titolo di mutuo, è obbligato... a restituire.

tore (1). Se, al riguardo, il creditore richieda la promessa, come avveniva nelle stipulazioni romane, ovvero sia il debitore che faccia la proposta a cui il creditore presti da parte sua l'assenso, ciò non ha giuridico significato.

I Romani ritengono essere possibile un contratto solo tra un determinato creditore ed un determinato debitore (2). Ma oggi, secondo il concetto giuridico tedesco (3), sorgono in vita anche dei contratti con creditori indeterminati, che di fronte al debitore rimangono anonimi, nei quali contratti un terzo accetta in luogo del creditore (4).

---

(1) Cfr. Cod. civ. germ., § 305: [« Per la costituzione d'un rapporto mediante un negozio giuridico, come pure per la modificazione del contenuto di un rapporto obbligatorio si richiede un contratto tra le parti, finchè la legge non prescriva un altro requisito » (come, ad esempio, per la fondazione, §§ 80 sgg., per la promessa per pubblici avvisi, §§ 657 sgg., per i titoli al portatore §§ 793 sgg.)]. Secondo il concetto giuridico tedesco, la promessa appare come la principale parte costitutiva del contratto, l'accettazione di essa (espressione che in origine denotava un atto materiale, cioè l'atto del prendere dalle mani del debitore un segno dell'avvenuto contratto) come qualcosa di accessorio. Cfr. Siegel, *La promessa come causa dell'obbligazione*, pag. 7 sgg.; ma anche F. Hoffmann, *Cause della nascita della obbligazione*, pag. 64 sgg. Non è esatta la opinione del Siegel, pag. 49, che pel diritto tedesco l'obbligazione venga in generale costituita dalla volontà unilaterale di divenir debitore, e che l'accettazione di essa per parte del creditore si richieda unicamente quando il debitore si volle solo per tale caso obbligare. Vedi anche Jacobi, negli *Annali dello Ihering*, vol. XXXV, n. 1.

(2) La maggior parte dei romanisti non ammette pel diritto romano i contratti conchiusi con creditori indeterminati; cfr. particolarmente fr. 10 e fr. 21, D. *de stipul. servorum*, 45, 3: [« Sed si ita stipulatur: ' Titio decem aut Maevio « fundum dare spondes? ', quia incertum est, utri eorum adquisierit actionem, « idcirco inutilis stipulatio existimanda est »; fr. 21 cit: « Si servus communis « ita stipuletur: ' kalendis Ianuariis decem Titio aut Maevio dominis, uter eorum « tunc vivet, dare spondes? ', inutilem esse stipulationem Julianus scribit, quia « non possit in pendenti esse stipulatio nec apparere, utri eorum sit adquisitum »]. Vedi gli scrittori citati dal Sohm nella *Rivista di Goldschmidt* [Goldschmidts Zeitschrift], vol. XVII, pag. 56, nota 34. Il Sohm però ne dissente.

(3) Sull'anteriore diritto tedesco cfr. Gareis nella *Riv. di Goldschmidt*, vol. XXI, pag. 349 sgg.; Brunner, *ivi*, vol. XXII, pag. 85.

(4) Negozi riconosciuti in ispecie con persone indeterminate sono le assicurazioni marittime « per conto altrui », quando il commissionario o speditore od altro qualsiasi rappresentante assicura merci di un terzo non nominato: così pure le assicurazioni marittime per conto « di chi riguarda », nelle quali viene lasciato aperto se chi prende la assicurazione, assicuri per sè o per un terzo. Però non bisogna circoscrivere la possibilità di contratti con persone indeterminate a questi casi speciali. Perciò il Trib. Imp. riconosce la validità giuridica di una obbligazione, a tenore della quale chi la rilascia garantisce il futuro creditore di un'ipoteca da inscriversi sul fondo di un terzo. Vedi anche G. L. Strempel, *La cessione in bianco secondo il diritto comune* [Die Blankocession nash gemeinem Rechte], 1893. Il Cod. civ. germ. lascia indecisa la questione. Cfr. Dernburg, *Diritto civile*, vol. II, § 81, pag. 177.

2. In alcuni casi sorgono obbligazioni mediante promesse unilaterali del debitore (5). Sebbene allora, perchè venga in essere l'obbligazione, non si richieda alcuna accettazione, pure è naturalmente subordinato al giudizio del creditore, se egli voglia far uso della facoltà provenutagli.

Di già il diritto romano conosce siffatti casi, il cui carattere comune consiste nel trattarsi di promesse, che stan fuori del movimento degli affari. Ivi si rifuggiva dalle forme ordinarie.

Il caso principale è la promessa unilaterale di una dazione, *pollicitatio* (6), fatta ad un municipio (7), a causa di un onore ricevuto,

---

(5) Tali obbligazioni derivanti da promesse unilaterali devono trattarsi in generale come quelle nascenti da contratto.

(6) L'espressione *pollicitatio* ha molteplici significati e denota non di rado un « contratto non formale ». Cfr. SCHLOSSMANN, *Contratto*, pag. 153. Ma che essa (ciò che lo Schlossmann nega) possa denotare anche una promessa semplicemente unilaterale ed abbia appunto questo valore nella teoria delle promesse in favore delle comunità, risulta indubbiamente dal fr. 3 pr. D. *de pollicitationibus*, 50, 12. ULPIANUS, libro IV, *Disputationum* : « Pactum est duorum consensus atque con-« conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum, et ideo illud est con-« stitum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et « coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, « et est constitutum ». Cfr. KARLOWA, *Negozio giuridico*, pag. 273 ; REGELSBERGER, *Escursioni nel campo del diritto civile* [Streifzüge im Gebiet des Civilrechts], 1892, II.

(7) Secondo il Trib. Imp., vol. XV, pag. 213 lo stesso vale per le promesse in vantaggio dello Stato. In senso contrario : REGELSBERGER, *l. c.*, pag. 27. Per le pollicitazioni vigeva un diritto singolare. Il promittente caduto in misero stato poteva liberarsi dal compimento dell'opera dando la quinta parte del suo patrimonio. Inoltre se la sua eredità non era sufficiente per l'opera, i suoi eredi, se discendenti di lui, erano autorizzati a liberarsi colla decima parte dell'eredità. e, se tali non erano, col quinto. Del resto, in varie particolarità, le attestazioni dei giuristi romani non sono concordi. Cfr. fr. 6 pr., fr. 9, fr. 11, fr. 14, fr. 15, D. *h. t.*, 50, 12 ; vedi inoltre WINDSCHEID, vol. II, § 304, nota 7 e 8 [fr. 9 cit. : « Ex « pollicitatione, quam quis ob honorem apud rem publicam fecit, ipsum quidem « omnimodo in solidum teneri : heredem vero eius ob honorem quidem facta pro-« missione in solidum, ob id vero, quod opus promissum coeptum est, *si bona* « *liberalitati solvendo non fuerint*, extraneum heredem in quintam partem patri-« monii defuncti, liberos in decimam teneri divi Severus et Antoninus rescrip-« serunt. sed et ipsum donatorem pauperem factum ex promissione operis coepti « quintam partem patrimonii sui debere divus Pius constituit ». Fr. 14 cit. : « Si « quis sui alienive honoris causa opus facturum se in aliqua civitate promiserit, « ad perficiendum tam ipse quam heres eius ex constitutione divi Traiani obli-« gatus est. sed si quis ob honorem opus facturum se civitate aliqua promiserit « atque inchoaverit et priusquam perficeret decesserit : heres eius extraneus quidem « necesse habet aut perficere id aut partem quintam patrimonii relicti sibi ab eo, « qui id opus facere instituerat, si ita mallet, civitati, in qua id opus fieri coeptum « est, dare : is autem, qui ex numero liberorum est, si heres extitit, non quintae « partis, sed decimae concedendae necessitate adficitur. et haec divus Antoninus « constituit »].

o per altri giustificati motivi. Il Cod. civ. germanico ha rimosso questo istituto.

Anche il *votum* qui si appartiene, cioè la promessa unilaterale di un assegno in favore di uno scopo pio (8).

In misura assai più vasta il diritto comune mette a partito la forza obbligatoria delle promesse unilaterali. Esso le ammette in tutti i casi, in cui questa maniera di obbligarsi giova agli interessi generali del commercio (9). I casi principali sono i seguenti:

1° La promessa per pubblici avvisi, cioè la promessa unilaterale resa pubblicamente nota, di una ricompensa per un'utile prestazione, è giuridicamente obbligatoria (10). La revoca o la modificazione della ricompensa è quindi solo allora libera al promittente, dopo la pubblicazione, quando egli se ne fosse riserbato il diritto. Ma nel dubbio deve riconoscersi spettare a lui l'interpretazione della sua offerta.

Chi compie la prestazione acquista per sè e pel suo erede il diritto al premio promesso, anche se essa ebbe luogo senza alcuna considerazione della ricompensa, e perfino nell'ignoranza di questa (11-12).

---

(8) Fr. 2, D. *de pollicitationibus*, 50, 12, cap. 18 X. *de censibus*, 3, 39.

(9) Cfr. Ehrlich. *Dichiarazione di volontà tacita* [Stillschweigende Willenserklärung], pag. 225.

(10) Il diritto consuetudinario ha reso obbligatorie le promesse per pubblici avvisi, solo se dirette a scopi utili. Dichiarare giuridicamente obbligatoria qualunque pubblica promessa, sia pur seria, è una inopportuna esagerazione: quando ad esempio taluno prometta pubblicamente in una osteria 100 marchi a chi vuota più presto il suo bicchiere. Il Cod. civ. germ. non distingue; però, anche sotto il suo impero, nessun tribunale condannerà in base a promesse sciocche. Esse saranno dichiarate non serie, per quanto il promittente assicuri la sua serietà nel fare la promessa.

(11) Tali promesse per pubblici avvisi erano assai ben note ai Romani. Un originale esempio ce ne dà il collare degli schiavi: *fugi, tene me, quum revocaveris me domino meo Zosino, accipis solidum*. Bruns, *Fontes*, 6ª ediz., pag. 320. Ma da ciò derivava un obbligo di convenienza, non una obbligazione fornita di azione. Diversamente è a dirsi pel diritto comune. Nondimeno molti, per esempio il Windscheid, vol. II, § 308, nota 3, ritengono che nella promessa in esame esista solo una offerta diretta ad una persona indeterminata, che abbia bisogno dell'accettazione. Windscheid, *ivi*, nota 7, nega inoltre la obbligazione derivante dalla pubblica promessa, quando questa venne ritirata, persino dopochè si fosse di già incominciata, ma non mandata a termine la prescritta opera. Mancherebbe ancora la accettazione. Se però qualcuno avesse già sopportato dei sacrifizi, dovrebbe il promittente risarcirglieli a causa della sua *culpa in contrahendo*. Cfr. Sulla pubblica promessa; Siegel, *loc. cit.*, pag. 91; Hoffmann, *loc. cit.*, pag. 38; Hasenöhrl, *Diritto delle obbl. austr.*, vol. II, § 57; Brinz, vol. IV, pag. 254; Lichtenstein, *La promessa per pubblici avvisi* [Die Auslobung], Diss. Inaug. Univ. di Gottinga, 1893; Arnaldo Lucci, *Delle promesse per pubblici proclami*, Napoli, 1893; Oertel, *La teoria delle promesse per pubblici avvisi* [Die Lehre von der Auslobung], 1895. Secondo il Cod. civ. germ., tale promessa può essere revocata sino

2° I titoli al portatore ed all'ordine diventano perfetti con la loro emissione, talchè divien creditore in base ad essi colui che li acquista in buona fede, in quanto lo scritto lo legittimi esternamente come creditore (13).

3° Già nel diritto comune erano possibili le offerte obbligatorie, consistenti cioè nella proposta di un contratto, nella quale si rinunzia al diritto di recedere, pel caso che quegli cui è diretta l'accetti nel termine in essa previsto (14).

§ 10. — Trattative di contratti. Contratti preliminari (1). *Culpa in contrahendo.*

1. Allo scopo della conclusione del contratto vengono spesso condotte lunghe pratiche, per mezzo delle quali si tende a pareggiare le

---

al momento in cui viene intrapreso l'atto contemplato; nella determinazione d'un termine per esso si ha, nel dubbio, una rinunzia a tale facoltà. Una promessa che abbia per iscopo un concorso a premio è valida solo, quando nella pubblicazione di essa venga assegnato un termine per il concorso, cfr. §§ 658, 661. La promessa in esame è indubbiamente una promessa unilaterale. La ricompensa spetta a colui che ha compiuto l'atto designato, anche se egli abbia agito senza considerazione alcuna della ricompenza medesima. Cfr. § 657.

(12) Sul caso che l'attività di molti abbia operato l'effetto, cfr. Cod. civ. germ., § 660; sull'altro che parecchi abbiano indipendentemente compiuta la prestazione, vedi § 659, *ivi*. [§ 660: « Se parecchi hanno insieme contribuito al risultato, pel quale è stabilita la ricompensa, il promittente deve con equo criterio ripartire tra loro la ricompensa medesima, avuto riguardo alla parte da ciascuno avuta nel risultato ottenuto. La ripartizione non è obbligatoria se essa è manifestamente ingiusta; in tal caso ha luogo mediante sentenza. — Se la ripartizione del promittente non è riconosciuta come obbligatoria da una delle persone ad essa partecipanti, il promittente è autorizzato a rifiutare l'adempimento finchè le parti abbiano deciso tra loro la controversia sui loro diritti; ognuna di esse può pretendere che la ricompensa venga per conto di tutti depositata. — Il disposto del § 659, cap. 2° periodo 2° trova applicazione ». — § 659: « Se l'atto pel quale è stabilita la ricompensa, è stato varie volte intrapreso, la ricompensa spetta a colui che per il primo ebbe ad intraprendere l'atto medesimo. — Se parecchie persone contemporaneamente abbiano intrapreso l'atto, a ciascuna compete una eguale parte della ricompensa. Se questa per la sua natura non possa dividersi, o se il contenuto della promessa importi che uno soltanto debba ricevere la ricompensa, deciderà la sorte »].

(13) La questione se il titolo al portatore od all'ordine riposi su contratto o su « creazione » unilaterale, è stata assai controversa nel passato diritto. Il Cod. civ. germ. si è attenuto alla seconda teoria: cfr. §§ 793 sgg.

(14) Pel Cod. civ. germ., § 145, l'offerta è, nel dubbio, obbligatoria. Cfr. più sotto, § 11, nota 15.

(1) Cfr. Regelsberger, *Dissertazioni di diritto civile* [Civilrechtliche Erörterungen], I, 1868; Degenkolb, *Il concetto dei contratti preliminari* [Der Begriff der Vorverträge], 1871, con supplementi, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXI, n. 1; Adler, *Contratto reale e contratto preliminare* [Realkontrakt und Vorvertrag], negli *Annali di Ihering*, vol. XXXI, n. 4.

opposte pretensioni delle parti. Non di rado tale accomodamento procede solo passo a passo e punto per punto. Ma un contratto sorge solo allora, quando si è raggiunto l'accordo su tutti i punti essenziali, secondo il concetto del relativo negozio e l'intenzione delle parti. Perfino quando le parti hanno totalmente fissato il contenuto materiale del negozio, tutto rimane ancora indeciso, nel caso che esse abbiano reso il negozio dipendente dall'accettazione di un terzo, o da una determinata forma di conclusione, ad es., dalla documentazione in iscritto o notarile.

Ma che cosa vale l'essersi prima della conclusione del contratto convenuta la forma scritta? Ha ciò il significato di una condizione del contratto? ovvero solo dell'assicurazione del contratto stesso, affinchè ciò che si è oralmente convenuto venga in seguito fissato durevolmente? Giustiniano nel patto della documentazione volle riconoscere una condizione del contratto (2). Ma la pratica non si è conformata a ciò. Pel diritto comune il giudice deve piuttosto indagare liberamente la intenzione delle parti, per determinare a seconda di essa il significato del patto medesimo (3-4).

---

(2) C. 17, Cod. *de fide instrumentorum*, 4, 21; cfr. pr., I *de emption. et vend.*, 3, 23. Riguardo alle forme dei documenti ivi indicati cfr. BRUNNER, *Storia dei documenti romani e germanici* [Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde], 1880, e specialmente pag. 63 sgg. Grave conflitto esiste riguardo alla interpretazione della c. 17 Cod., *de fide instrumentorum*, *loc. cit.* Il SETZER, *Monografie di diritto civile*, I, *Sul patto della scrittura* [Abhandlungen aus dem Civilrecht I, über die Verabredung der Schrift], 1860, trova nella costituzione medesima solo delle norme sulla compilazione dei documenti riguardanti i negozi ivi enunciati. Il REGELSBERGER, *loc. cit.*, pag. 14, all' incontro dimostra, che Giustiniano volle, che il patto concernente la forma scritta venisse concepito come una condizione del contratto, e propriamente senza che si ritenesse ammissibile la prova di una diversa dichiarazione di volontà. [C. cit.: « Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non « est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos « tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento « recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum « recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscri- « bantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli « liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras « unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum « et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: « adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto « necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod « emptoris interest ei persolvere. Quae tam in postea conficiendis instrumentis « quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere « praecipimus... »].

(3) Tale è l'interpretazione usuale della c. 17, *de fide instrumentorum*; cfr. REGELSBERGER, *loc. cit.*, pag. 154; BEKKER, vol. II, pag. 83, seguita anche dal Tr. Imp., vol. IV, pag. 199. Nei casi dubbi l'ARNDTS ammette la condizione:

2. Al contratto finale, cui le parti mirano, possono esser premessi altri contratti — contratti preliminari —, i quali momentaneamente le vincolano, ma secondo il loro pensiero, devono essere sviluppati e completati mediante consecutivi contratti.

a) Tra essi si possono annoverare gli appunti. L'appunto è un'annotazione fatta dalle parti intorno ai punti sui quali esse sonosi accordate. L'appunto può avere varii significati (5). Ora vale come un promemoria, per la preparazione del futuro contratto, e non ha quindi forza obbligatoria; ora costituisce un vero contratto. In quest'ultimo caso si presuppone che esso contenga tutti i punti essenziali del contratto, e che le parti abbiano voluto vincolarsi fermamente a ciò che è stato annotato, malgrado abbiano ancora in vista la continuazione delle trattative (6). Ma che dovrà ritenersi se non si pervenga al definitivo accordo avuto in mira? Il giudice deve allora nei casi controversi trarre le conseguenze di quanto si è stabilito nell'appunto, ed oltraciò ritenere come decisivi i *naturalia negotii.*

---

§ 232 alla nota 3, ed in fondo anche il WINDSCHEID, vol. II, § 312, nota 12. Il Cod. civ. germ., § 125, dispone: « La mancanza della forma stabilita mediante negozio giuridico è, nel dubbio, causa di nullità »; § 154, cap. 2°: « Se sia stata convenuta la conferma con documenti del contratto avuto in mira, il contratto non si considera nel dubbio come conchiuso, finchè non abbia luogo tale conferma ».

(4) Se dopo la conclusione di un contratto orale viene redatto un documento dalle parti contraenti, riguardo al contenuto del contratto medesimo, tale documento non è punto una semplice prova del contratto orale, ma costituisce invece una nuova convenzione scritta, una riproduzione del contratto. Cfr. DEGENKOLB, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXI, n. 5, e contro di lui PAOLO MEYER, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXXVII, n. 3. A toglier vigore allo scritto basta perciò la prova, che il contenuto di esso si scosti da quello del precedente contratto orale. È necessario anzi che risulti chiaro, come la modificazione coll'omissione incorsa nel documento riposi sull'errore o sulla simulazione o su altri vizi della volontà.

(5) DEGENKOLB, *loc. cit.*, esprime il desiderio, che l'appunto scomparisca, come figura giuridica incerta, dalle esposizioni dei nostri libri di testo, poichè esso comprende oggetti assai differenti, e niun valore ha come concetto giuridico. Vi ha dappertutto, secondo Degenkolb, un solo vero contrapposto: il contratto e le trattative preliminari; e tutte le cosiddette figure intermedie non sono reali, poichè sono impossibili come nozioni. — Ciò è pienamente giusto in astratto. Ma però l'appunto è un fenomeno reale, che ha la sua parte nella vita. Noi quindi non possiamo ignorarlo, ma dobbiamo determinare la consistenza giuridica di esso, con che senza fallo giungiamo al risultato che ora esso costituisce un contratto, ora è giuridicamente privo di forza obbligatoria.

(6) Pel diritto del Cod. civ. germ. non può nel dubbio ammettersi ciò. Il § 154 dispone: « Finchè le parti non sono d'accordo su tutti i punti del contratto, sui quali, secondo la dichiarazione anche di una sola di esse, deve stabilirsi una convenzione, il contratto nel dubbio non è conchiuso... ».

b) Contratti preliminari di altra specie sono i *pacta de contrahendo* (7), cioè quei contratti mediante i quali taluno si obbliga verso l'altra parte alla conclusione di un contratto di una determinata specie, cioè del cosiddetto contratto principale. Siffatti *pacta* possono essere conchiusi reciprocamente, per es., circa il dare ed il ricevere a mutuo.

I *pacta de contrahendo* sono particolarmente frequenti per la preparazione dei contratti reali, come, per es., il mutuo, o delle obbligazioni contenute in titoli scritti come, per es., la cambiale. Ma neanche son rari i contratti intorno alla futura conclusione di contratti consensuali, specialmente quando si tratti di una pluralità di futuri negozi, la cui individuazione non è ancora attuabile, come, per es., se un fabbricante si obbliga a cedere ad un commerciante per una serie di anni tutti quanti i suoi prodotti di fabbrica in caso di commissione fatta in tempo debito, contro il prezzo corrente del mercato. Il *pactum* naturalmente è allora soltanto obbligatorio, quando da esso può essere giudizialmente determinato, in caso di controversia, il contenuto del negozio da conchiudersi.

Dal *pactum de contrahendo* sorge un'azione diretta alla conclusione del negozio principale. Ma l'avente diritto, nel caso d'indugio dell'altra parte, può agire anche immediatamente per l'*id quod interest*, perocchè un contratto stabilito dall'autorità giudiziaria non è da paragonarsi ad uno conchiuso volontariamente, ed anzi dà facilmente adito a nuove controversie (8).

Se infine determinate norme circa la forma del contratto principale valgano anche per i contratti preliminari relativi, è a giudicarsi volta per volta secondo il contenuto e lo scopo di tali norme, laonde ciò riguarda la loro interpretazione (9).

---

(7) Tratta a fondo del *pactum de contrahendo* il DEGENKOLB, *loc. cit.* Cfr. inoltre REGELSBERGER, *loc. cit.*, pag. 129. Il circoscrivere l'espressione contratto preliminare al *pactum de contrahendo* è improprio, poichè essa non designa ciò che è caratteristico di questo contratto. Il giudice che esamina una fattispecie e che deve giuridicamente determinarla, non stabilirebbe nulla di concreto, se egli riconoscesse l'esistenza di un « contratto preliminare ».

(8) In Roma il *pactum de contrahendo* richiedeva di regola la forma della stipulazione. La condanna era diretta al danno interesse : fr. 68, D., *de verb. obl.*, 45, 1; PAULUS, libro 2, *ad edictum* :....... « quod si ita stipulatus fuero : 'pecuniam te mihi crediturum spondes ? ' incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest ». La condanna ai danni interessi non è attualmente, come nel diritto romano, la sola che può ottenersi, ma però di regola nei rapporti che vi hanno riguardo è cosa pratica ed acconcia, e perciò non è a rifiutarsi all'attore che la domanda. Il Cod. civ. germ. lascia intatta la questione.

(9) L'obbligazione alla conclusione di negozi può essere anche imposta mediante disposizioni di ultima volontà. Essa sussiste inoltre non di rado in forza di legge. Per esempio le pubbliche amministrazioni ferroviarie sono per legge obbligate

3. Dalla colpa nelle trattative del contratto — *culpa in contrahendo* — può essere danneggiato colui, che s'impegnò in esse. Non per diritto romano, ma per diritto comune attuale vi è la responsabilità per una tale *culpa*. In particolare è tenuto colui che colposamente fece delle dichiarazioni tali, da risvegliare nell'altra parte l'erronea credenza di conchiudere un contratto giuridicamente valido (10). Deve allora la medesima essere rifatta almeno di quanto avrebbe avuto se del contratto non si fosse mai fatto parola, ossia dei cosiddetti interessi negativi contrattuali (11-12).

---

alla contrattazione dei negozi di trasporto, e la posta è per legge tenuta ad assumere le spedizioni postali ed al trasporto di viaggiatori. In generale deve ammettersi, che chi esercita giuridicamente un monopolio, e quegli istituti che sono destinati a pubblici scopi, soggiacciono ad una coazione nella facoltà di contrattare. A tanto conduce almeno il recente sviluppo giuridico. Cfr. però BIERMANN negli *Ann. di Ihering*, vol. XXXII, pag. 267.

(10) IHERING nei suoi *Annali* ha tentato per il primo d'indagare il fondamento scientifico della responsabilità per la *culpa in contrahendo* (vol. IV, n. 1). Contro di lui sorse particolarmente il MOMMSEN, *La responsabilità dei contraenti nella conclusione di contratti obbligatorii* [Die Haftung der Kontrahenten bei Abschliessung von Schuldverträgen], nelle sue *Dissertazioni* [Erörterungen], fasc. 2. Si può riconoscere che una siffatta responsabilità è estranea al diritto romano, che al più se ne trovano degli accenni nella vendita di una eredità inesistente, fr. 18 e 19, D. *de her. vel act. ven.*, 18, 4, come pure di una *res extra commercium*; fr. 62, § 1, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1. Ma la precedente teoria del diritto comune ha ammessa anche, sulla analogia della *lex Aquilia*, una responsabilità per il danno colposamente cagionato, e che non sia un danneggiamento di cose. Da tale concetto si è invero ritratta la nuova teoria, come troppo vago e non conforme alle fonti. All'incontro si è conservato il principio, che si sia in ogni caso tenuti al risarcimento, per gli atti giuridici coi quali colposamente abbiasi altrui cagionato danno. Così è per gli arresti incautamente palesati, coi quali si arreca del danno alla persona arrestata; e non è altrimenti, secondo l'esatta opinione, nel caso delle trattative del contratto. Ma l'azione è extracontrattuale, se niun contratto sia venuto in essere, e non già, come ammette lo Ihering, un'azione contrattuale. Perciò essa può essere diretta anche contro colui che ha contrattato in nome altrui, o che, come messaggero od assistente dell' altro contraente, abbia fatto delle false comunicazioni sulle dichiarazioni di questo, il che lo Ihering non vuol concedere. Non esiste del resto alcuna *culpa in contrahendo*, quando si siano dapprima intavolate e poi arbitrariamente rotte le trattative del contratto; tale diritto infatti compete a chiunque, e l' altra parte deve conoscere la possibilità di un tale evento. Così per massima anche il THON, *Responsabilità dell'offerente alla revoca della sua offerta* [Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte], nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXX, pag. 96 sgg.; in senso contrario WINDSCHEID, vol. II, § 307, nota 5, il quale esagera di molto la responsabilità per la pretesa *culpa in contrahendo*. MELLIGER, *culpa in contrahendo o risarcimento dei danni nei negozi invalidi* [*C. i. c.* oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen], 1898.

(11) Contro l'applicazione del concetto degli interessi negativi contrattuali si dichiara il BAEHR, *Malintesi nel contrarre* [Irrungen im Kontrahieren], negli

Di ciò deve specialmente rispondere colui, che si fosse spacciato come procuratore di un terzo per la conclusione di un contratto, senza averne ricevuto mandato, ed anche quando ne ignorasse l'inesistenza (13).

§ 11. — **Conclusione dei contratti. Contratti tra assenti** (1).

La conclusione dei contratti avviene di regola (2) in questa guisa, che una parte fa all'altra una proposta — l'offerta —, e l'altra parte

---

Ann. di Ihering, vol. XIV, specialmente pag. 422; cfr. però MOMMSEN, *loc. cit.*, pag. 52; ENNECCERUS, *Negozio giuridico* [Rechtsgeschäft], pag. 501; UNGER, nella *Rivista di Grünhut*, vol. XV, pag. 678.

(12) Secondo il Cod. civ. germ., § 307, si è tenuti, nel caso ivi menzionato, agli interessi negativi contrattuali a causa della *culpa in contrahendo*, cfr. anche § 122, cap. 1° e § 179. [§ 307: « Chi nella conclusione di un contratto, diretto ad una prestazione impossibile, conosce o deve conoscere l'impossibilità della prestazione, è tenuto al risarcimento del danno che l'altra parte viene a soffrire per essersi fidata della validità del contratto medesimo. Tale obbligo al risarcimento non si verifica quando l'altra parte conosce o deve conoscere l' impossibilità. — Questi disposti trovano corrispondente applicazione, quando la prestazione è solo parzialmente impossibile ed il contratto è valido rispetto alla parte possibile; o se sia possibile una tra parecchie prestazioni promesse alternativamente ». — § 122: « Se una dichiarazione di volontà è nulla secondo il § 118, o viene annullata in base ai §§ 119, 120, l'autore della dichiarazione, se questa dovette rilasciarsi di fronte ad un'altra persona, è tenuto verso di questa, od altrimenti verso i terzi, al risarcimento del danno, che essa persona od il terzo abbiano sofferto, per la fiducia riposta nella validità della dichiarazione, non oltre però l'ammontare dell'interesse, che l'altro od il terzo hanno alla validità della dichiarazione stessa. — Tale obbligo al risarcimento non si verifica quando il danneggiato conosceva la causa della nullità o dell' annullabilità, o l'ignorava per sua negligenza (doveva cioè conoscerla) »].

(13) Il Trib. Imp., anche quando il *falsus procurator* ignorava la mancanza della sua procura, ammette la responsabilità di lui, diretta persino agli interessi positivi contrattuali (vol. XXXV, pag. 135). Diversamente dispone il Cod. civ. germ., § 179, cap. 2°, almeno in questo ultimo riguardo. [§ 179: « Chi ha conchiuso un contratto come rappresentante, finchè non dimostra la sua qualità, è tenuto di fronte all' altra parte all' adempimento o al risarcimento dei danni, a scelta di essa, quando il rappresentato neghi la ratifica del contratto (§§ 163-265 Cod. civ. germ.). — Se il rappresentante non conosceva la mancanza della sua qualità di rappresentante egli è tenuto soltanto al risarcimento di quel danno che l'altra parte ha sofferto per la fiducia riposta in tale qualità, non oltre però l'ammontare dell'interesse che abbia l'altra parte all'efficacia del contratto. — Il rappresentante non è tenuto, se l'altra parte conosceva o doveva conoscere il vizio della rappresentanza. Il rappresentante non è neanche tenuto, quando egli fosse limitato nella sua capacità di agire, salvochè avesse agito con l'assenso del suo rappresentante legale »].

(1) Oltremodo ricca è la letteratura sui contratti tra assenti: cfr. principalmente SCHEURL, *Contributi* [Beiträge], vol. I, n. 12, come pure negli *Annali di Ihering*, vol. III, n. 5; BEKKER nei suoi *Annali*, vol. II, n. 11, e vol. III, n. 4; REGELS-

l'accetta. Colui che fa la proposta chiamasi offerente, e quegli che la riceve accettante (3).

BERGER, *Dissertazioni*, pag. 1 sgg. Inoltre KÖPPEN, *Il contratto obbligatorio tra assenti* [Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden], negli *Annali di Ihering*, vol. XI, n. 2; SOHM, nella *Riv. di Goldschmidt*, vol. XVII, n. 2. — Sulla conclusione del contratto vedi tra l'altro: SCHOTT, *Il contratto obbligatorio tra assenti* [Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden], 1873; KÜHN, *Conclusione del contratto tra assenti* [Vertragsschluss unter Abwesenden], negli *Ann. di Ihering*, vol. XVI, n. 1; MARSSON, *La natura dell' offerta di contratto* [Die Natur der Vertragsofferte], 1879; GARDEIKE, *Il contratto tra assenti* [Der Vertrag unter Abwesenden], 1882; OEMLER, *Il contratto tra assenti* [Der Vertr. u. A.], 1885; KOHLER, nell'*Archivio per il diritto civ.*, vol. I, pag. 283; MAAS, *La conclusione del contratto per elettrico* [Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege], 1889; KRÜCKMANN, *Sulla conclusione del contratto* [Ueber den Vertragsschluss], Diss. Inaug. Univ. di Gottinga, 1892; FRITZE, *In qual modo opera la revoca nelle dichiarazioni di volontà incomplete, ecc.* [In welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenesklärungen Widerruf u. s. w.], Diss. Inaug. Kiel. Vedi anche SIEGEL, *La promessa come causa dell'obbligazione* [Das Versprechen als Verpflichtungsgrund]; HOFFMANN, *Le cause della nascita dell'obbligazione*; come pure SCHLOSSMANN, *Il contratto* [Der Vertrag], 1876 e nella *Riv. di Grünhut*, vol. VII, pag. 565; JACOBI, negli *Ann. di Ihering*, vol. XXXV, n. 1.

(2) La volontà di ambo le parti può essere dichiarata simultaneamente, senza che l'una parte abbia veste di offerente e l'altra di accettante. Così, tra presenti, quando un viaggiatore ed un facchino si fanno incontro allo scopo del ritiro della valigia, senza che possa riconoscersi chi prese l'iniziativa per il contratto di trasporto. In analoga guisa viene in vita un contratto tra assenti, quando due offerte del medesimo tenore s'incrocino Cfr. BEKKER, *loc. cit.*, vol. II, n. 4, cifr. 1; diversa opinione segue il LEONHARD, *Errore*, pag. 71.

(3) Con ragione insegna il REGELSBERGER, *loc. cit.*, pag. 4: « Nei contratti ha forza obbligatoria solamente quella dichiarazione, che viene rilasciata di fronte all'altra parte contraente od al rappresentante di questa ». WINDSCHEID, vol. II, § 309, n. 3, reputa all' incontro che la volontà contrattuale possa validamente essere dichiarata anche di fronte ad un terzo, che non è l'altro contraente nè il rappresentante di esso. Se è certo, egli ritiene, che una tale dichiarazione sia la espressione di una reale volontà, essa ha il medesimo valore giuridico, che se fosse diretta a colui, che è destinato per essa a divenire creditore o debitore. Windscheid concede, come dalle fonti non possa trarsi una prova per questi principii. Egli avrebbe potuto aggiungere, che essi contraddicono alla comune opinione ed alla tradizione giuridica. Egli vuole fondarli sulla natura della cosa, esponendo come una « determinazione di volontà espressa non cessi di esser tale, per non essere stata emessa di fronte a colui, pel quale devono originarsi i diritti e le obbligazioni ». Chi mai vorrebbe disconoscere la verità di questa sentenza! Ma non viene risoluta con ciò la questione, se sia sufficiente pel contratto una determinazione di volontà in qualsiasi modo espressa, o se questa debba invece reciprocamente esprimersi. Se due persone hanno una volontà concorde e la esprimono, ma non scambievolmente l'una di fronte all'altra, esse fanno così dei monologhi, ma non concludono alcun contratto. Cfr. REGELSBERGER, *Pand.*, vol. I, pag. 548, nota 5. Secondo il diritto del Cod. civ. germ. tanto l'offerta quanto l'accettazione del contratto sono dichiarazioni di volontà, che hanno bisogno di essere ricevute da quegli cui sono indirizzate.

Le trattative hanno luogo: o tra presenti, ed allora per lo più oralmente; o tra assenti, nel qual caso possono invero condursi o per iscritto, per mezzo di lettere o telegrammi, o a voce per via di messaggi o del telefono.

Non ogni specie d'invito alla conclusione di un contratto costituisce offerta. Si può anzitutto avere in mira solo l'avviamento alle trattative, come spesso accade negli inviti fatti al pubblico, per affari; od anche negli annunzi a persone singole, i quali non debbono riguardarsi immediatamente come parti costitutive del contratto (4). Offerta è l'invito per un affare, solo quando lo stesso invito sia concepito in modo, e in tale intenzione dichiarato, che il negozio venga immediatamente in essere data l'accettazione da parte della persona cui l'invito è diretto (5). Ogni offerta è circoscritta nel tempo. Il significato di essa, anche se ciò non venga particolarmente espresso, è che l'offerente presentemente, cioè entro un congruo termine, sia pronto alla conclusione del negozio (6).

L'offerta si compie quando giunge alla persona cui è indirizzata. Essa perde ogni valore, se prima di essa perviene alla stessa persona una ritrattazione da parte dell'offerente, per es., per mezzo di un telegramma che annulli l'offerta medesima.

L'accettazione avviene di regola verbalmente ovvero per iscritto. Sotto l'impero del diritto comune si disputava, se al complemento dell'accettazione, e quindi alla nascita del contratto, bastasse che una tale accettazione fosse stata dichiarata (la cosiddetta teoria della dichiarazione); ovvero se per la conclusione del contratto fosse necessario, che essa fosse stata resa nota all'offerente (la cosiddetta teoria della cognizione).

Quest'ultima corrispondeva ai principii generali. Alla partecipazione dell'offerta deve corrispondere la partecipazione dell'accettazione.

Già le fonti romane riconoscono ciò per i negozi tra presenti, rigettando l'efficacia di una stipulazione, in cui il promittente risponda

---

(4) Cfr. il preced. Cod. di comm., art. 337. Che anche le offerte al pubblico possano aver luogo, è esposto dal BIERMANN, negli *Ann. di Ihering*, vol. XXXII, pag. 292; cfr. anche BRINZ, *Pand.*, vol. IV, pag. 312 e ZSCHIMMER, *L'offerta al pubblico* [Die Offerte an das Publikum], Diss., 1897. Tali offerte si hanno ad esempio nell' impianto degli apparecchi automatici. Cfr. su di essi AUWERS, *La difesa giuridica della bilancia automatica* [Der Rechtsschutz der automatischen Wage], Diss. Inaug. Gott., 1891.

(5) L'offerta dev'esser tale, che mediante l'accettazione possa risultarne un perfetto accordo. Ma è troppo angusta teoria quella che ritiene, dovere l'offerta essere di natura, che il contratto possa solo sorgere mediante un semplice « sì » della persona cui essa è indirizzata. Sono offerte anche quelle proposte che pongono nel prudente arbitrio dell'altra parte l'ulteriore e più precisa determinazione. Cfr. REGELSBERGER, *Diss.*, pag. 50.

(6) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 147 sgg.

affermativamente alla domanda di un sordo (7). Ciò evidentemente, perchè tale affermazione non giungeva alla percezione del medesimo.

Analogo principio deve valere pei negozi tra assenti. Non è possibile che l'aver semplicemente redatto in iscritto una risposta affermativa valga come conclusione del contratto. Ciò costituisce una preparazione della conclusione, un progetto. Lo scrivente può quindi indubbiamente lacerare quanto ha scritto, senza ledere con ciò i diritti dell'altra parte.

Dovrà cambiare la cosa se la lettera è messa in busta? se è consegnata alla posta, se trovasi nella cassetta postale delle lettere, o se viene spedita oltre? (8). In tutta la scala degli atti che occorrono per la consegna, non si ha la ferma conclusione del negozio, finchè la lettera non è pervenuta nelle mani del destinatario. Sino a quel momento il mittente può riprendere il suo scritto, ovvero revocarlo. Esso è suo per ogni verso (9). Dunque neanche l'offerente è ancora vincolato. Ma quando però la dichiarazione di accettazione è pervenuta una buona volta all'offerente, tanto deve bastare. Nulla può importare, se egli effettivamente abbia preso cognizione di essa. Chi propone una offerta, deve prendere notizia delle risposte che gli pervengono. Il diritto, il quale per la pratica deve stabilire una pratica norma, ritiene ciò per avvenuto, anche se nel fatto venne omesso (10). Il Codice civile (11) si è infatti anche associato alla opinione qui sostenuta.

Non di rado l'offerta viene posta nel senso, che la sua immediata esecuzione, per parte di colui al quale vien fatta, debba valere come accettazione. Allora, conforme alla volontà dell'offerente, il negozio diviene perfetto per via dell'esecuzione, senza che siavi bisogno di una

---

(7) Fr. 1, § 15, D. *de obl. et act.*, 44, 7. Gaius, libro 2, *aureorum*: « Sed et « de surdo idem dicitur, quia etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipu- « lantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis ».

(8) I sostenitori della teoria della manifestazione differiscono nelle loro opinioni. Thöl, *Diritto commerciale*, [Handelsrecht] vol. I, 6ª ediz., § 237, ritiene che basti che il « sì » venga scritto; Scheurl, negli *Ann. di Ihering*, vol. III, pag. 258, considera la accettazione come avvenuta « dal primo passo della spedizione all'offerente ».

(9) Un tentativo del Windscheid, vol. II, § 306, note 5 e 6, di conciliare le teorie della dichiarazione e della cognizione, non è riuscito; cfr. su di ciò le nostre precedenti edizioni; Regelsberger, *loc. cit.*, pag. 40.

(10) Si suole perciò parlare di una teoria della recezione, la quale però non è altro che il ragionevole svolgimento pratico della teoria della cognizione.

(11) Il Cod. civ. germ. al § 146 dispone che l'offerta deve essere accettata di fronte all'offerente, ed al § 130: « Se una dichiarazione di volontà, che deve rilasciarsi di fronte ad un altro, viene resa invece nell'assenza di lui, essa diviene efficace in quel momento in cui al medesimo perviene. — Non è efficace se all'altro, prima o contemporaneamente ad essa, perviene una revoca ».

partecipazione da parte di chi esegue, o della notizia che ne abbia l'offerente (12).

Finchè il contratto non è conchiuso, mediante la perfetta dichiarazione dell'accettazione, ad ogni parte invero è lecito ritrarsi; ma non può bastare a ciò, che il recesso si fosse precedentemente avuto in mira, occorre anche che sia stato in precedenza dichiarato all'altra parte (13). La rinunzia dell'offerente al ritiro dell'offerta, pel caso che pervenga in tempo debito l'accettazione dell'offerta, deve ritenersi ammessibile per diritto comune (14), e secondo il Codice civile l'offerta medesima è obbligatoria di regola per tutto quel tempo (15).

La morte di uno dei contraenti prima della conclusione manda a vuoto il contratto, perchè con essa si tronca la possibilità di un accordo dei paciscenti (16). Nel punto di vista opposto trovasi il Codice civile germanico (17). Per esso la nascita del contratto non viene impedita

---

(12) Cfr. Cod. civ. germ. § 151: « Il contratto viene in essere per l'accettazione dell'offerta, senza che tale accettazione abbia d'uopo d'esser dichiarata di fronte all'offerente, quando una simile dichiarazione secondo il costume del commercio non è da aspettarsi, o l'offerente ha rinunziato ad essa... ».

(13) Il fr. 4 pr., D. *de manumissis vindicta*, 40, 2, viene non di rado addotto a sostegno della teoria, che una revoca spedita, ma non ancora accettata, abbia anch'essa giuridico valore. Ma ivi però si tratta di una dichiarazione di volontà unilaterale ed oltracciò di un rapporto affatto singolare [fr. cit.: « Si pater filium « permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filium « ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore « libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. sin autem « ignorante filio vetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fieret, « servum manumisisset, liber non fit. nam ut filio manumittente servus ad liber- « tatem perveniat, durare oportet patris voluntatem: nam si mutata fuerit, non « erit verum volente patre filium manumisisse »]. Cfr. in senso contrario fr. 1, § 2, D. *quod iussu*, 15, 4; FRITZE, *loc. cit.*, pag. 10 [fr. cit.: « Sed ego quaero, « an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum « si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset « et me certiorasset »].

(14) Cfr. più sopra § 9 i. f.: KÖPPEN, *loc cit.*, vol. XI, specialmente pag. 324, considera l'offerta di contratto già pel diritto romano come obbligatoria sotto la condizione dell'accettazione, perciò come irrevocabile. Cfr. contro tale teoria WINDSCHEID, vol. II, § 307, nota 7, e gli scrittori ivi citati.

(15) Cod. civ. germ., § 145: [Chi propone ad un altro la conclusione di un contratto, è vincolato alla sua offerta, salvochè egli abbia escluso il vincolo].

(16) La questione è controversa. Ma confr. fr. 2, § 6, D. *de donat.*, 39, 5; WINDSCHEID, § 307, nota 9; FRITZE, *loc. cit.*, pag. 71 [fr. cit.: « Sed si quis « donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus « erit quam ad me perferat, non fieri pecuniam dominii mei constat »]. D'altra opinione è particolarmente il REGELSBERGER. in ENDEMANN, *Manuale del diritto comm.*, vol. II, pag. 442, *Pandette*, vol. I, pag. 551.

(17) Cod. civ. germ., § 153.

dal fatto, che l'offerente prima dell'accettazione venga a morire o diventi incapace, salvochè si debba ammettere una sua diversa volontà (18).

§ 12. — **L'arra, o caparra** (1).

Le trattative dei contratti, specialmente quelle riguardanti vendite o locazioni, han termine non di rado con la consegna dell'una all'altra parte di danaro, ovvero di un altro oggetto di valore: ciò dicesi arra o caparra.

1. Nel dubbio ciò ha il significato di un segno della conclusione del contratto (2); l'arra è, come si suol dire, *confirmatoria*. Secondo alcuni diritti particolari degli Stati confederati, essa è persino forma necessaria di determinati contratti, specialmente dei contratti di servigi; ma ciò è estraneo al diritto comune.

2. Frequentemente l'arra ha per iscopo una pena, ed è la cosiddetta *arra poenalis*. Ed invero, secondo il diritto romano, la funzione punitiva dell'arra era bilaterale. Come il datore perdeva l'arra, se fu sua la colpa di avere frastornato il negozio, così l'accipiente doveva restituirla nel doppio ammontare, se tale colpa dovesse a lui impu-

---

(18) Controversa era la giuridica costruzione dell'incanto. Cfr. su questo negozio PUCHTA, *Pandette* [Pandekten] e *Lezioni* [Vorlesungen], § 253; KINDERVATER, negli *Ann. di Ihering*, vol. VII, nn. 1 e 7; IHERING, *ivi*, vol. VII, nn. 4 e 8; UNGER, *ivi*, vol. VIII, n. 5; REULING, *ivi*, vol. X, n. 6; SIEGEL, *loc. cit.*, pag. 82; BRINZ, *Pand.*, vol. IV, pag. 329. Oramai il Cod. civ. germ. al § 156 dispone: « Nell'incanto il contratto vien posto in essere coll'aggiudicazione. Un'offerta si estingue, quando vien fatta un'offerta superiore, o se l'incanto vien chiuso senza essersi fatta l'aggiudicazione ». Ciò corrisponde all'opinione di già sostenuta nel diritto comune su questo punto. Di conseguenza nella formazione dell'incanto si ha solo un generale invito a contrarre. La proposta di chi presiede all'incanto deve considerarsi come offerta di lui. Egli è vincolato ad essa finchè non venga data un'offerta superiore. L'accettazione dell'offerta e la conclusione del contratto avvengono mediante l'aggiudicazione dichiarata da chi presiede l'incanto.

(1) Cfr. BECHMANN, *La compra-vendita* [Der Kauf], vol. II, pag. 415.

(2) Pr. I, *De emption et vend.*, 3. 23, fr. 25 pr. D. *de contrah. empt.*, 18, 1: GAIUS, libro X, *Ad edictum provinciale*: « Quod saepe arrae nomine pro emptione « datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius « probari possit convenisse de pretio ». Così pure il Cod. civ. germ., § 336: [« Se nella conclusione di un contratto si dà qualche cosa come caparra, ciò vale come segno della perfezione del contratto »]. L'arra deve distinguersi dall'acconto sul prezzo della vendita; cfr. c. 2: Cod. *Quando liceat ab emptione*, 4. 45: [« Perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse « dissolvi constat, ergo si quidem arrae nomine aurum datum sit, potest hoc solum « secundum fidem pacti recuperare, si vero partem pretii persolvisti, ad ea, quae « venditorem oportet ex venditione praestare, magis actionem quam ad pretii quan- « titatem, quam te dedisse significas, habes »]. BECHMANN, *loc. cit.*, pag. 416.

tarsi (3). Il diritto comune conosce solo la pena della perdita dell'arra per parte del datore, non l'obbligo della restituzione nel doppio da parte dell'accipiente.

a) L'arra penale può avere scopo soltanto punitivo, e ciò allora quando è certo, che le parti non ancora volevano un contratto obbligatorio, specialmente se convennero che i loro accordi dovessero rimanere fermi soltanto dopo la loro conferma in iscritto (4). — Se il datore si è riserbato, con apposito patto, di recedere a piacimento dal contratto contro il sacrifizio dell'arra, questa è nel tempo stesso *arra poenitentialis*.

b) Ma l'arra può anche avere funzione penale, accanto allo scopo di essere il segno della conclusione del contratto (5). Anzi, il che viene spesso disconosciuto, questa unione dei due scopi è divenuta la regola (6). L'accipiente perciò, nel caso che l'altro si sottragga alle obbligazioni sue contrattuali, invece d'insistere sull'esecuzione del negozio, o di liquidare i danni, è autorizzato a tenere l'arra per sè (7).

(3) C. 17, Cod. *De fide instrumentorum*, 4, 21, [..... § 2: « Illud etiam adi-« cientes....... quid super isdem seris non procedente contractu fieri oporteat, « tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas red-« dere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, « repetitione earum deneganda »].

(4) Anche secondo il Cod. civ. germ., § 336, capov. 2°, la caparra non si considera nel dubbio come arra penitenziale. Cfr. Cod. civ. germ., § 359.

(5) L'arra, come è noto, rimane al venditore anche senza speciale accordo, quando egli abbia conchiuso la vendita con la *lex commissoria*, e faccia valere questa clausola di fronte al compratore moroso: fr. 6 pr., fr. 8, D. *de lege commissoria*, 18, 3; [fr. 6 cit: « De lege commissoria interrogatus ita respondit, si « per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, « fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud ven-« ditorem remansurum ». Fr. 8 cit.: « Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis « arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: « quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae « essent. Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratus « fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse « autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, « ne ante mulieri pecuniam exsolveret quam fisco satisfaceret. Quaesitum est an « fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione ven-« ditoris. Respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem « venditionis emptorem »].

(6) Così pure secondo il Cod. civ. germ., § 338: [« Se la prestazione dovuta dal datore diviene impossibile in conseguenza di un fatto di cui egli deve rispondere, o se egli abbia colpa nell'annullamento del contratto, l'accipiente è autorizzato a ritenere l'arra per sè. Se l'accipiente chiede il risarcimento dei danni per il mancato adempimento, l'arra deve nel dubbio imputarsi, o, se ciò non possa aver luogo, dev'essere restituita all'atto della prestazione del risarcimento »].

(7) Che nel diritto giustinianeo l'arra, accanto al suo carattere di segno della conclusione del contratto, abbia ancora funzione penale, risulta indubbiamente, a

3. L'arra nel dubbio non è un aumento sulla prestazione convenuta (8).

4. Chi riceve l'arra ne diviene invero, nel dubbio, proprietario, e non è affatto un semplice depositario dell'altrui cosa: laonde se egli consuma l'arra, non commette malversazione (9). Ma egli è obbliga-

---

nostro avviso, dal pr. I, *De emption. et vend.*, 3, 23. Dopochè in questo luogo si espone come si possa recedere da un contratto di vendita, se siasi convenuta, ma non ancora effettuata la redazione in iscritto di esso (cfr. più sopra, § 10), si prosegue a dire: « Ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi iam arrarum « nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto *sive in scriptis sive sine « scriptis venditio celebrata est*, is qui recusat *adimplere contractum*, si quidem « emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, « licet nihil super arris expressum est ». In ciò già il Savigny ebbe a trovare, che l'*arra confirmatoria* ha insieme il carattere di una pena (*D. O.*, vol. II, pag. 271). Ciò veramente non va a genio a molti dei più recenti scrittori e particolarmente al Bechmann, *loc. cit.*: ed è esatto, che Giustiniano nelle *Istituzioni* unisce insieme casi differenti, mentre non contiene di ciò alcuna traccia la c. 17 Cod. *De fide instrumentorum*, 4, 21, che sta di base. Ma ciò non è nuovo in Giustiniano. Nel luogo in esame si elabora appunto un nuovo concetto giuridico in maniera poco abile. Concorda con ciò l'esposizione del libro giuridico romano-sirio (cfr. Bruns, *Commentario* [Kommentar], pag. 216), a tenore del quale il compratore che presta un'arra, non può più per ciò stesso recedere, e se egli tuttavia recede dal contratto, perde l'arra. Il Bruns spiega queste regole assai esattamente osservando che al venditore deve spettare la scelta, o di richiedere l'adempimento del contratto, o di permettere il recesso e di lucrare con ciò l'arra. Tutto ciò era affatto pratico e si sviluppò, come pare, nella consuetudine del commercio. Allora i compilatori, poichè la regola non era riconosciuta in questa forma generale nelle fonti dell'epoca classica, la rabberciarono come era del caso. Cfr. Windscheid, vol. II, § 325, nota 4.

(8) Analogamente il Cod. civ. germ., § 337: [« L'arra nel dubbio dev'essere imputata alla prestazione dovuta dal datore, o, se questo non possa accadere, deve restituirsi dopo l'adempimento del contratto »].

(9) A sostegno di ciò sta il fatto, che l'arra deve essere ripetuta con una *condictio* e che mai si fa parola di una *vindicatio* dell'arra, come sarebbe stato naturale nel caso di un anello, se il datore ne fosse rimasto proprietario: fr. 11, § 6, D. *de action. empt. vend.*, 19, 1: [« Is qui vina emit arrae nomine certam « summam dedit: postea convenerat ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto « agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad « distrahendam, inquit, emptionem. ego illud quaero: si anulus datus sit arrae « nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, « qua actione agendum est, utrum condicatur quasi ob causam datus sit et causa « finita non sit, an vero ex empto agendum sit, et Iulianus diceret ex empto agi « posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est « anulus »]. Il Bechmann, *loc. cit.*, pag. 417, crede nondimeno di dover contestare tale passaggio di proprietà. È certo non può affermarsi la « necessità del passaggio di proprietà ». Ma non si tratta di questo. Si domanda, qual'è nel dubbio l'opinione delle parti alla consegna dell'arra, e che cosa corrisponde agli scopi del commercio? La risposta dei Romani è: il passaggio di proprietà. Secondo il Cod. civ. germ. è questione d'interpretazione se debba ammettersi o no il passaggio di proprietà.

toriamente vincolato alla restituzione, se il negozio è stato pienamente adempiuto dall'altra parte, quando non si fosse però verificata una compensazione. Deve ancora restituirla, se il negozio per reciproco accordo, o per colpa di lui, viene a rescindersi.

Capitolo III.

Responsabilità per negozi altrui.

§ 13. — Generalità. *Actio exercitoria* ed *institoria*.

Actiones adiecticiae qualitatis son dette le azioni, per le quali un *dominus*, o *dominus negotii* restava obbligato accanto ai suoi figli di famiglia, schiavi e gestori di negozio, pei contratti da questi conchiusi (1-2).

Tali azioni si radicavano parte nella specifica organizzazione della potestà familiare romana, e nel rapporto di schiavitù, parte servivano a surrogare la rappresentanza diretta, non riconosciuta di regola dai Romani.

Alcune erano dirette all'intero ammontare del debito — *in solidum*. — Tale era il caso dell'*actio exercitoria*, *institoria* e *quod iussu*.

---

(1) Sulle azioni adiettizie cfr. Buchka, *Rappresentanza* (Stellvertretung), §§ 3 sgg.; Savigny, *Dr. Ob.*, vol. II, § 54; Baron, *Monografie sulla procedura civile romana, II le azioni adiettizie* [Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess, II die adjekticischen Klagen], 1882 e nella *Rivista di Goldschmidt*, vol. XIX, n. 2; Fr. Frese, *La teoria dell' amministrazione patrimoniale per mandato* [Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung], fasc. 1, 1889, pag. 181. Il nome di queste azioni è stato composto dai moderni scrittori in base alla sentenza di Paolo, libro 29, *ad edictum*, fr. 5, § 1, D. *de exerc. act.*, 14, 1: « hoc edicto non transfertur actio, sed adiicitur ». Il Cod. civ. germ. ha abolito le azioni adiettizie.

(2) La formula delle azioni adiettizie era concepita in modo, che la « *intentio* » dell'azione dirigevasi alla persona del gestore del negozio, mentre la « *condemnatio* » era diretta contro la persona del *dominus negotii*. Per conseguenza il Lenel ha ideato la seguente formula dell'*actio institoria*: « Quod As. As. de Lucio Titio, « cum is a N°. N°. tabernae praepositus esset, X. pondo olei emit, cui rei Lucius « Titius a N°. N°. praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium A°. A°. « dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Nm. Nm. A°. A°. c. s. n. p. a. ». Questa dicitura è stata per la prima volta proposta dal Keller, *Contestazione della lite e sentenza* [Litiskontestation und Urtheil], pag. 432. Veramente non mancano i dissenzienti. Così in ispecie recentemente il Mandry, *Diritto dei beni di famiglia* [Familiengüterrecht], vol. II, pag. 259; Brinz, vol. II, pag. 204; Baron, *loc. cit.* Ma l'esattezza della ricostruzione del Keller è stata dimostrata in modo convincente dal Lenel, *Edictum*, pag. 206. Cfr. anche Krüger, nella *Riv. per la Fond. di Savigny* [Zeistchrift der Savignystiftung], vol. IV, n. 7.

Altre vincolavano solo sino ad una certa misura, che si rilevava da particolari fattispecie. Di tal sorta erano *l'actio de peculio* e *l'actio de in rem verso*.

Poichè secondo il diritto comune la schiavitù non sussiste, la patria potestà ha una fisionomia diversa dalla romana, e viene incondizionatamente riconosciuta la rappresentanza diretta, l'immediata applicabilità delle romane *actiones adiecticiae qualitatis* era già nel diritto comune assai diminuita.

1. Per *l'actio exercitoria* l'esercitore (*exercitor navis*), che ha preposto un nocchiero (*magister navis*) ad una nave, per l'esercizio industriale della navigazione, resta tenuto accanto ad esso pei negozi conchiusi dal medesimo (3).

Occorre si tratti di negozi, a cui il nocchiero sia stato incaricato dall'esercitore, o si consideri come autorizzato, per essere simili negozi usuali a nocchieri della relativa specie (4). L'altro contraente deve inoltre aver avuto l'intenzione di far credito per gli scopi, pei quali è preposto il nocchiero (5). Avvenendo ciò, e non essendovi speciali motivi di sospetto, non può nuocergli il fatto, che il nocchiero abbia di poi infedelmente impiegato ad altri scopi quanto da lui prese in prestito (6).

2. Institore chiamasi colui che è impiegato nell'industria di altra persona, per un ramo di affari, a cui appartiene la conclusione di negozi giuridici (7-8). Institore è tanto colui che amministra l'intera industria, quanto colui al quale è affidato un unico ramo di essa.

---

(3) Tit. Dig. *de exercitoria actione*, 14, 1.

(4) Cfr. fr. 1, § 5, D. *h. t.*, 14, 1: [« Magistrum autem accipimus non solum, « quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus « in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave « magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. quae sententiae mihi videtur « probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alio- « quin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore ad- « mittendum propter utilitatem... »].

(5) All'incontro il Brinz, vol. II, pag. 225, ritiene, che per ciò che riguarda le facoltà del nocchiero niuna importanza abbiano la scienza e la volontà dell'altro contraente, se il risultato mostri che si sia agito nei limiti di quelle. Ciò non deve riconoscersi esatto. Cfr. più sotto nota 13.

(6) Cfr. fr. 1, § 9, D. *h. t.*, 14, 1: [« Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam « navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur « actio. et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit « voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod « si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, « quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat »].

(7) Tit. Dig. *de institoria actione*, 14, 3; Tit. Cod. *de exercitoria et institoria actione*, 4, 25. Thöl, *Diritto commerciale* [Handelsrecht], 6ª ediz., vol. I,

Per i negozi da lui conchiusi entro la sua competenza il pretore concesse l'*actio institoria* contro il preponente. Essa si aggiunse all'azione contro l'institore, il quale era personalmente obbligato come contraente.

Il rapporto interno dell'institore verso del preponente deve andar distinto dalla sua condizione giuridica all'esterno, di fronte ai terzi di buona fede. L'institore è vincolato di fronte al preponente ad osservare le istruzioni di lui, e nel caso che non vi si conformi, ne diviene verso di lui responsabile. Ma, verso i terzi di buona fede, il preponente è tenuto anche per quei negozi del suo institore, che contravvennero a quelle istruzioni, finchè però simili impiegati secondo gli usi sono autorizzati ad affari di tal sorta (9). In ispecie l'addetto ad uno stabilimento commerciale si considera come autorizzato a tutti i negozi che di regola vengono ivi esercitati (10). Solamente quelle limitazioni possono opporsi anche ai terzi di buona fede, le quali fossero palesi, o per l'organizzazione stessa dell'esercizio dell'industria, ovvero da pubblici avvisi, in modo che per alquanta diligenza non potevano sfuggire (11).

3. Un'*actio quasi institoria* venne infine concessa contro il preponente, in quei casi in cui un incaricato, senza essere institore, contrattava in nome di un terzo (12).

---

§§ 55 sgg.: « Institore è non solo chi è preposto ad un'industria mercantile, ma anche chi è impiegato in una industria di altra specie ».

(8) Sul molto discusso fr. 5, § 10, D. *de inst. act.*, 14, 3, cfr. Ihering, nei suoi *Annali*, vol. II, pag. 78; Thöl, *Dr. comm.*, 6ª ediz., pag. 301. Vedi più ampie citazioni bibliografiche nel Windscheid, vol. II, § 482, nota 15; [fr. cit.: « Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus taber- « nam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta disci- « pulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuerit « relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. plane si adfirmaverit mihi recte « me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur »].

(9) Fr. 11, §§ 2 sgg., D. *h. t.*, 14, 3. Ulpianus, libro 28, *ad edictum*: « De « quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non « habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed, si quis « nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. « Proscribere palam sic accipimus claris litteris ante tabernam scilicet, vel ante « eum locum, in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti ».

(10) Cfr. Thöl, *Dr. comm.*, vol. I, pag. 205, come pure il passo sopra riportato alla nota 9. Cfr. Cod. comm., § 56.

(11) Fr. 7, § 1, D. *de exercitoria actione*, 14, 1: « ... et in summa aliquam « diligentiam in ea creditorem debere praestare ». Da ciò si determina sino a qual punto all'altro contraente incomba l'obbligo di fare delle indagini. Cfr. su di questo il Thöl, *Dr. comm.*, vol. I, pag. 216; ma anche Baron, nella *Riv. di Goldschmidt*, vol. XXVII, pag. 139.

(12) L'*actio quasi institoria* deve il suo riconoscimento all'autorità di Papiniano; cfr. fr. 30 pr., D. *de negot. gest.*, 3, 5; fr. 19 pr., D. *de institoria act.*, 14, 3; fr. 10, § 5, D. *mandati*, 17, 1; fr. 13, § 25, D. *de a. e. v.*, 19, 1; fr. 16, D. *de*

Al diritto comune tutte queste azioni, cioè l'*actio exercitoria*, *institoria* e *quasi institoria*, sono estranee. Infatti o il nocchiero o l'incaricato ad agire od altro rappresentante operano nella lor qualità come mandatarii del preponente, ed in tal caso costui, secondo i principii della rappresentanza immediata, si considera come il vero contraente, come solo ed immediatamente obbligato. Ovvero i mandatarii contraggono per conto altrui ed in nome proprio, ed in questo caso i soli rappresentanti assumono i diritti e gli obblighi che derivano dal contratto. Gli altri contraenti allora fanno credito ad essi soltanto, e non possono rivolgersi al preponente (13).

---

inst. act., 14, 3; c. 5 e c. 6. Cod. *de exercit. et inst. a.*, 4, 25; Baron, nella *Riv. di Goldschmidt*, vol. XXVII, pag. 131. Qui si appartiene anche il fr. 30 pr., D. *de negot. gest.*, 3, 5, sul quale cfr. Schlossmann, negli *Annali di Ihering*, vol. XXVIII, pag. 287; cfr. Windscheid, vol. II, § 482, nota 8; [fr. 30 pr. cit.: « Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor « secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius « versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, « scilicet ad exemplum institoriae actionis »; fr. 19 pr. cit.: « In eum, qui mutuis « accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae « dabitur actio: quod aeque faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui sti- « pulanti pecuniam promisit »; fr. 10, § 5, cit.: « Idem Papinianus libro eodem « refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori man- « daverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi instito- « riam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur »; fr. 13, § 25 cit.: « Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an « domino vel adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio « responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum « institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium « dicendum est utilem ex empto actionem domino competere »; fr. 16 cit.: « Si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus « propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. si tamen vilicum « distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo « institoriae actionem in me competere »; c. 5 cit.: « Si mutuam pecuniam acci- « pere Demetriano Domitianus mandavit et hoc posse probare confidis, ad exemplum « institoriae eundem Domitianum apud competentem iudicem potest convenire »; c. 6 cit.: « Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, « ad instar actionis institoriae recte de solido domino convenit »].

(13) Secondo l'esatta opinione l'*actio exercitoria* ed *institoria* presuppongono che la persona preposta abbia agito con mandato palese, e che perciò l'altro contraente abbia saputo, nascondersi dietro di quella un *dominus negotii*, ed abbia contrattato con riguardo a costui. Ciò è espresso particolarmente da Gaio, IV, § 70 e §§ 1, 2, I. *quod cum eo*, 4, 7: « Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, « in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita « contrahit fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum « actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur ». Cfr. fr. 1 pr. D. *quod iussu*, 15, 4: [« Merito ex iussu domini in solidum adversus eum « iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet »]. Vedi anche fr. 5, § 17, D. *de inst. act.*, 14, 3, e su di esso Mitteis, *La rappresentanza* [Stell-

All'incontro i principii romani riguardanti l'estensione del mandato dei nocchieri e degl'institori sono decisivi anche nel diritto comune, per la questione sino a qual punto l'impiegato obbliga il suo principale, per via dei negozi riferentisi all'industria. Cfr. anche Codice di commercio § 54.

§ 14. — Le tre azioni contro chi esercita la patria potestà, derivanti dai contratti dei suoi dipendenti.

Un triplice editto stabiliva tre specie di azioni contro chi esercitava la potestà, pei contratti delle persone *in potestate* cioè: l'*actio quod iussu*, *de peculio* e *de in rem verso* (1).

1. Colui che per affari riguardanti il *pater familias*, e in base al comando (*iussu*) di questi contrattava con le persone sottopposte alla potestà di lui, aveva *in solidum* contro di lui l'*actio quod iussu* (2-3). Era necessario, che il terzo avesse contrattato in vista dell'autorizzazione del *pater familias* (4).

---

vertretung], pag. 29 [fr. 5 § 17 cit. « Si ab alio institor sit praepositus, is tamen « decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodom institore utatur, sine « dubio teneri eum oportebit. nec non, si ante aditam hereditatem cum eo con- « tractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem »]. Questa opinione corrisponde all'essenza della cosa. Chi ritiene la persona preposta per il *dominus negotii* e con essa contratta, ad essa fa credito. Come potrà egli giungere, a rivolgere in seguito le sue pretese contro un'altra persona, alla cui responsabilità punto riflettè al momento della conclusione del contratto? Cfr. Mitteis, *loc. cit.*, pag. 25, dove si riporta anche la più recente bibliografia. Di conseguenza nel diritto comune non hanno più luogo l'*actio exercitoria* ed *institoria*, poichè il terzo ha sempre contro il *dominus negotii*, rappresentato dalla persona preposta, un'azione contrattuale immediata e non semplicemente un'azione addiettizia. Un'altra teoria ritiene che l'*exercitoria* e l'*institoria* erano stabilite anche per quei casi, in cui il rappresentante avesse agito con mandato segreto, e vuole per siffatti casi mantenere le due azioni anche nel diritto comune. Così anche lo Schlossmann, *Le contrattazioni con mandato palese*, 1892. Ma la pratica a ragione non vi ha acceduto. *Trib. Imp.*, vol. II, pag. 167. Contro lo Schlossmann cfr. il Lenel, negli *Ann. di Ihering*, vol. XXXVI, n. 2, ma contro di lui di nuovo lo Shlossmann, *Ivi*, vol. XXXVIII, pag. 138.

(1) Fr. 1, § 1, D. *de peculio*, 15, 1. Ulpianus, libro 29, *ad edictum*: « Est « enim triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod « iussu hinc oritur actio ».

(2) Tit. Dig. *quod iussu*, 15, 4; Drechsler, *L'actio quod iussu* [Die a. q. i.], 1877; Mandry, *Diritto dei beni di famiglia* [Familiengüterrecht], vol. II, pag. 543, e gli scrittori ivi citati.

(3) È controverso, se il negozio debba essere stato conchiuso in riguardo agli affari del padre o del figlio, o se venivano contemplati negozi d'ambo le qualità. La esatta opinione è quella, che debba trattarsi di negozi del padre. Cfr. fr. 1, §§ 1, 5,

Anzitutto era obbligata *civiliter* o *naturaliter* la persona *in potestate*, come contraente verso l'altro contraente; il *pater familias* era tenuto solo in via sussidiaria. All'incontro nel diritto comune, in conseguenza del riconoscimento della rappresentanza diretta, il padre di famiglia deve riguardarsi, in tutti i relativi casi, come il vero contraente e l'unico obbligato.

2. L'*actio de peculio* era diretta contro il *pater familias* per le obbligazioni conchiuse dai suoi dipendenti, sino all'ammontare del *peculium*. Il *peculium* era un patrimonio particolare concesso dal *pater familias*, e veniva di fatto lasciato alla persona *in potestate*, ma giuridicamente restava in proprietà del *pater familias* (5-6).

D. *quod iussu*, 15, 4; fr. 5, § 2, D. *de in rem verso*, 15, 3; [fr. 1 cit., § 1: « Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis « aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et « ideo et si sic contestatus sit: ' Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere « periculo meo', videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex ad aliquid prohibet »; § 5: « Quid ergo si fideiusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: « quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo quod tenetur ex causa « fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit « etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sen« tentia verior est »; fr. 5, § 2 cit.: « Quod servus domino emit, si quidem « voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem « dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, « de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio »].

(4) *Iussus* nell'*actio quod iussu* non è « comando »: ciò risulta nel modo più chiaro dalla forma dello *iussus* nel fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 15, 4: « quod voles « cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo ». Esso significa « autorizzazione » a contrattare a carico del iubente. Il *iussus* veniva perciò di regola reso noto direttamente dal *pater familias* al terzo contraente. Per altro era sufficiente anche una procura conferita alla persona *in potestate* e che fosse nota all'altro contraente. Sulle differenti opinioni cfr. VANGEROW, vol. I, § 240, pag. 446 e MANDRY, *loc. cit.* La ratifica del negozio dopo la conclusione di esso è equiparata alla originaria autorizzazione: fr. 1, § 6, D. *h. t.*, 15, 4. [« Si ratum habuerit quis quod servus eius « gesserit vel filius, quod iussu actio in eo datur »].

(5) Intorno al peculio, sul quale bisognerà ritornare studiando il diritto di famiglia, vol. III, § 32, cfr. a preferenza MANDRY, *Sul concetto e sulla essenza del peculio* [über Begriff und Wesen des Pekulium], 1869 e MANDRY, *Diritto dei beni di famiglia*, vol. II, pag. 1 sgg. Vedi ivi la bibliografia.

(6) L'*actio de peculio* teneva responsabile il *pater familias* sino all'ammontare del peculio, detrattone però ciò di cui il padre era in credito *naturaliter* contro la persona a lui soggetta: fr. 9; fr. 11 pr. sgg.; fr. 52, D. *de peculio*, 15, 1; [fr. 9 cit.: « ... § 2: Peculium autem deducto quod domino debetur computandum « esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. 3: Huic « definitioni Servius adiecit et si quid his debeatur qui sunt in eius potestate, « quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit; 4: Praeterea id etiam dedu« cetur quod his personis debetur, quae sunt in tutela vel cura domini vel patris « vel quorum negotia administrant, dummodo dolo careant, quoniam et si per « dolum peculium vel ademerint vel minuerint, tenentur: ... sane cum ex ceteris

Le azioni peculiari non hanno valore pratico in Germania, poichè non vi hanno peculii nel senso romano.

3. La terza azione (*actio de in rem verso*) divenne di diritto comune (7). Essa si fonda sull'arricchimento del padre di famiglia per

---

« causis ipsum a semetipso exegisse dicimus qui negotia vel tutelam geret, cur « non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? defendendum igitur « erit quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur; 5: Sed et « creditor servi, qui heres extitit domino eius, deducit de peculio quod sibi debetur, « si conveniatur, sive libertatem servus acceperit sive non, idemque et si legatus « sit pure servus: ...; 7: Si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum « deducere, non magis quam si se occiderit vel praecipitaverit: licet enim etiam « servis naturaliter in suum corpus saevire...; 8: Item deducetur de peculio, « si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid « ei creditum est iussu domini: nam hoc deducendum Iulianus... scribit. sed hoc « ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris quod acceptum est per- « venit: alioquin secum debebit compensare. sed et si pro servo fideiusserit, « deducendum Iulianus... scribit. Marcellus autem in utroque, si nondum quicquam « domino absit, melius esse ait praestare creditori, ut caveat ille refusurum se, « si quid praestiterit dominus hoc nomine conventus, quam ab initio deduci, ut « medii temporis interusurium magis creditor consequatur. sed si de peculio con- « ventus dominus condemnatus est, debebit de sequenti actione de peculio deduci... »; fr. 11 cit.: « Si noxali iudicio conventus dominus litis aestimationem obtulerit, « de peculio deducendum est: quod si noxae dederit nihil est deducendum; 1: Sed « et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit, deduci oportebit, « quemadmodum si quid domino servus pro debitore expromiserat...; 2: Sed si « a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit quaeritur: « et Iulianus..... non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset « quod exactum est: eadem et in filio familias dicenda erunt. et puto veram « Iuliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione... »]. Il *pater familias* doveva pagare finchè il peculio non si esauriva. Se pei primi venivano soddisfatti dei singoli creditori peculiari e veniva con ciò ad esaurirsi il peculio, i creditori rimanenti restavano a mani vuote. La dolosa diminuzione del peculio era imputabile al padre di famiglia, se si agiva entro l' *annus utilis* dopo di essa: fr. 39, § 6, D. *h. t.*, 15, 1: [« In dolo obiciendo temporis ratio « habetur: fortassis post tempus de dolo actionis non patietur dolum malum obici « praetor, quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur »]. Anche dopo rimosso il rapporto di potestà si poteva agire contro il *dominus* di una volta ed i suoi eredi, se essi possedevano il peculio, con l' *actio de peculio « annalis »*. Tit. Dig. 15, 1: « Quando de peculio actio annalis est ». Se il patrimonio peculiare, con la scienza del padre, era stato impiegato in una industria commerciale, i creditori dei negozi ad essa relativi avevano l' *actio tributoria*, in forza della quale potevano reclamare il proporzionato soddisfacimento dei loro crediti dal patrimonio peculiare, senza che in questa azione il padre potesse operare in precedenza la detrazione dei suoi crediti contro la persona a lui soggetta. Tit. Dig. *de tributoria actione*, 14, 4.

(7) Cfr. Tit. Dig. *de in rem verso*, 15, 3. Una profonda trattazione ne dà il Mandry, *Diritto dei beni di famiglia*, vol. II, pag. 454. Ivi trovasi la bibliografia anteriore. Sono inoltre da aggiungersi Brinz, vol. II, pag. 218, e particolarmente Tuhr, *a. de in rem verso*, 1895; contro di lui Sclossmann, negli *Ann. di Ihering*, vol. XXXIV, n. 2, ma contro di questi di nuovo il Tuhr, *ivi*, n. 6.

il negozio del *filius familias* (8), e si estende sino all'ammontare di questo arricchimento.

Si presuppone:

a) Un negozio conchiuso dall'attore *de in rem verso* colla persona *in potestate* (9).

b) L'arricchimento del padre di famiglia. Esso può consistere o in un positivo aumento patrimoniale, o in un risparmio di spese, che egli avrebbe sopportato per scopi necessari o utili o a lui graditi (10).

---

(8) Tale è il punto di vista delle fonti: fr. 10, § 7, D. *h. t.*, 15, 3; fr. 17, § 4, D. *de institoria act.*, 14, 3; [fr. 10 cit.: « Si domini debitor sit servus et ab alio « mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, « vertit. proinde si, cum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori « eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit de in rem verso in decem « competere actionem: aut si tantundem debeat, nihil videtur versum. nam, ut « Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum: et ideo, sive « debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor « esse domino coeperit, desinere versum: idemque et si solverit ei. plus dicit et si « tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem « remunerandi animo, non videri versum, si vero alias donavit, durare versum »; fr. 17 cit.: « Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito cre- « deres, exceptionem dandam: 'si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet.' « sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim « quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum « malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram »]. Il Brinz, *loc. cit.*, adduce in contrario il testo del fr. 17 pr., D. *h. t.*, 15, 3, Africanus, libro 8, *quaestionum*: « Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: « nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit, nam etsi pro- « curator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam « perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum ». Il passo, nel fatto, offre delle difficoltà, ma principalmente perchè ivi *versum non « durat* ». Cfr. però Tuhr, *a. de in rem verso*, pag. 209 sgg.

(9) L'*actio de in rem verso* è *actio adiecticiae qualitatis*. Essa perciò non ha luogo, se l'attore ha direttamente impiegato alcunhè nel patrimonio del convenuto, o se per caso fortuito qualche cosa dal patrimonio dell'attore riflui a suo vantaggio. E qui si entra nel campo delle *condictiones*.

(10) Fr. 3, §§ 4, 6; fr. 5, § 2, D. *h. t.*, 15, 3; [fr. 3 cit., § 4: « Sed si mutua « pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae « magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur versum, quia « nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem « habuit: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. quid « ergo est? pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus videlicet « iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, « id praestet »; § 6: « Nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, « quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta « forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus sumministravit: « neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an « in negotium domini »; fr. 5, § 2 cit. rif. alla nota 3].

Se il prodotto del negozio entrava nel *peculium* della persona *in potestate*, non vi era fondamento per l'*actio de in rem verso* (11).

c) L'arricchimento deve essersi verificato in conseguenza del negozio della persona *in potestate*. Tale è specialmente il caso, quando questa persona agì sin dal principio nell'interesse del *pater familias*, dimodochè questi avrebbe contro di lui l'*actio mandati* o *negotiorum gestorum*, se egli fosse *sui iuris* (12). Ma non è esatto il vedere in ciò una condizione essenziale dell'azione. Basta che l'impiego nel patrimonio del *pater familias* sia avvenuto posteriormente, per mezzo della stessa persona *in potestate*, o in altra guisa, presupponendosi soltanto che esista un nesso causale tra il negozio, pel quale si agisce, e l'arricchimento (13).

---

(11) Fr. 5, § 3; fr. 6, D. *h. t.*, 15, 3; [fr. 5 cit.: « Placet non solum pecuniam « in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius « fuerit in peculio hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini « gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. alioquin si servo peculium « dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et « pretium exigat, non videtur in rem versum »; fr. 6 cit.: « Nam si hoc verum « esset, etiam antequam venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur, « quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret, quod « aperte falsum est »].

(12) Fr. 3, § 2, D. *h. t.*, 15, 3. Ulpianus, libro 29, *ad edictum*: « Et regulariter « dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati « vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid « consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem ». Molti vedono indicato qui il vero fondamento dell'*actio de in rem verso*. Questa viene addirittura spiegata come una cessione fittizia delle azioni naturali *negotiorum gestorum* o *mandati* della persona soggetta alla potestà familiare contro il *pater familias*, le quali in tale circostanza si muterebbero in un'azione civile. Così il Witte, *L'azione di arricchimento* (Bereicherungsklage), pag. 256, e sino ad un certo grado il Brinz, *loc. cit.*, ma principalmente il Tuhr, *a. de in r. v.*, pag. 142. Ciò però non è attendibile e mena fuori della retta via. Non si tratta infatti del fondamento dell'azione, ma di un singolo momento importante. Il nesso causale tra il contratto e l'arricchimento si ha anzitutto quando la persona intermediaria aveva l'intenzione di gerire i negozi del padre di famiglia. Ma siffatto nesso causale può anche sorgere in altra guisa. Ce ne danno esempi i ffr. 7, § 4, e 19, D. *h. t.*, 15, 3.

(13) Fr. 5, § 3, D. *h. t.*, 15, 3. Ulpianus, libro 29, *ad edictum*: « Placet non « solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum perve- « nerit, sed et quae prius fuerit in peculio ». Se pertanto il figlio di famiglia dona al padre una cosa comprata per il suo peculio, il venditore di essa non ha *actio de in rem verso* contro quest'ultimo. Costui infatti ha la cosa in forza della donazione e non già di quel contratto di compera. Invece l'*actio de in rem verso* è fondata, se il figlio medesimo contrae un mutuo nell'interesse del padre, e gli sborsa subito *donandi animo* la relativa somma, senza però voler fare di lui un debitore peculiare, cioè rinunziando da sua parte al regresso. Ben si spiega così il fr. 7 p., § 1, D. *h. t.*, ma in niun caso si potrà emendarlo col Windscheid, vol. II, § 483, nota 4, leggendo invece di *actio est*, « *actio cessat* ». Tale emen-

d) L'arricchimento non deve essere già stato compensato da parte del convenuto con l'azione *de in rem verso* alla persona *in potestate*.

Esso deve perdurare (14). Ma se consistette in un risparmio di spese, dei posteriori avvenimenti non possono far considerare ciò come non avvenuto.

Un'*actio de in rem verso utilis* ha colui, il quale fece credito ad un *filius familias* per lo scopo del suo sostentamento, sia di alimenti in natura, sia anticipandogli danaro, in quanto il padre era obbligato all'alimentazione del figlio, ed aveva per quella guisa risparmiato le spese a ciò necessarie (15).

L'azione *de in rem verso* fu infine estesa *utiliter* ai casi, in cui si contrattava con persone *sui iuris* (16).

Si presuppone qui un negozio dell'attore con una persona intermedia indipendente; inoltre l'arricchimento del convenuto; ed infine un nesso causale tra il negozio e l'arricchimento.

Questo nesso causale si ammette solo quando il contratto, in forza del quale si agisce, venne da principio conchiuso dalla persona intermedia nell'interesse del convenuto. Non si richiede, come molti dei moderni pretendono, che anche l'attore conoscesse al momento del contratto quel rapporto, e contrattasse in vista di esso. Infatti il fondamento dell'azione non è già, che l'attore avesse fatto credito al convenuto, ma bensì l'avergli procurato l'arricchimento.

---

dazione infatti non ha l'appoggio dei manoscritti, e non concorda con tutto il corso della disamina di Ulpiano. Cfr. anche Tuhr, *actio de in rem verso*, pag. 199; [fr. cit.: « Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem « verso cessabit, et sunt ista vera; § 1: Plane si mutuum servus acceperit et « donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in « rem verso actio est »].

(14) Fr. 10, § 6, D. *h. t.*, 15, 3. Ulpianus, libro 29, *ad edictum*: « Versum « autem sic accipimus ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit « actio, si non sit a domino servo solutum vel filio ».

(15) Fr. 3, § 3, D. *h. t.*, 15, 3 [« Proinde si servus sumpsit pecuniam, ut se « aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, « quem dominus ei praestare consueverat, in rem videri domini vertisse Labeo « scribit. ergo idem erit et in filio »]; Cfr. fr. 21, D. *eod in fine verb.*: « dandam « de in rem verso utilem ».

(16) L'*actio de in rem verso utilis* derivante dai contratti di persone libere trova un valido appoggio nella c. 7, § 3, Cod. *Quod cum eo qui in aliena est potestate*, 4, 26: « Diocletianus et Maximianus. Alioquin si cum libero rem agente « eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, « pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius « pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit ». Un'altra interpretazione tenta lo Schlossmann negli *Annali dello Ihering*, vol. XXVIII, pag. 331. Contro di lui il Lenel, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. 78, n. 11; contro quest'ultimo di nuovo lo Schlossman, negli *Ann. di Ihering*, vol. XXXVI, pag. 316.

È inoltre necessario, che il convenuto avesse conseguito il prodotto del negozio, senza averlo acquistato dalla persona intermedia mediante un negozio particolare, o senza che ne l'abbia compensata. Sotto questo presupposto soltanto egli resta arricchito dal negozio dell'attore (17).

Capitolo IV.

Requisiti dei negozi obbligatorii.

§ 15. — Determinabilità della prestazione.

Non sorge dalle trattative alcuna obbligazione, finchè l'esistenza e l'estensione dell'obbligazione avuta in mira stanno ancora nell'arbitrio

---

(17) Le opinioni dei moderni scrittori sull'*actio de in rem verso utilis* si allontanano in modo singolare. Gli uni sostengono la più ampia applicazione, gli altri la più ristretta limitazione o negano persino in generale questa azione. In epoca precedente più d'uno prescindeva dal presupposto, che il contratto dovesse essere conchiuso da un intermediario nell'interesse del convenuto, ed ammetteva la nostra *actio* anche in quei casi in cui il convenuto avesse conseguito un vantaggio, in forza del contratto d'un'altra persona, in maniera affatto imprevista e casuale. Così gli artigiani ed i fornitori di materiali, che avevano fatto credito ad un imprenditore di costruzioni, erano ritenuti autorizzati ad agire con l'*actio de in rem verso* persino contro i successivi acquirenti della casa. Contro tale teoria si avanzò particolarmente il Kaemmerer, nella *Riv. del Linde*, vol. VIII, nn. 3, 4 e 8. Questa vaga e non certo sempre giusta azione di arricchimento non si trova più rappresentata nella letteratura giuridica. L'opposta teoria non riconosce in generale una *actio de in rem verso utilis* derivante dai contratti, e ritiene che nella c. 7 cit. si parli solo di un'*actio negotiorum gestorum contraria* di chi ha contrattato con l'intermediario. E propriamente secondo alcuni è dessa un'*actio negotiorum gestorum* acquisita personalmente all'attore, poichè egli nel contrattare ha avuto davanti agli occhi l'interesse del convenuto; altri poi (Savigny, *D. O.*, vol. II, pag. 32; Arndts, § 248, nota 3) considerano l'azione come l'*actio negotiorum gestorum* dell'intermediario contro il convenuto, ceduta *vi legis* all'attore. Sì l'una che l'altra opinione si possono sostenere soltanto per mezzo di artificiose interpretazioni della cost. 7 cit., per le quali manca ogni fondamento intrinseco ed estrinseco. Molti, i quali riconoscono un'*a. de in rem verso utilis*, la circoscrivono per lo meno al caso in cui il contraente, alla conclusione del contratto, si fosse presentato come gestore di negozi. Così Ihering, *Ann.*, vol. I, pag. 339 sgg. e Windscheid, vol. II, § 483, nota 5. Teoria anch'essa senza appoggio nelle fonti e priva di un saldo fondamento interno. La bibliografia è raccolta dal Kaemmerer, *loc. cit.*, come pure dall'Ude, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. L, n. 18. Cfr. inoltre Mandry, *Dr. dei b. di f.*, vol. II, pag. 460 e Rocholl, *Casi giuridici del Trib. Imp.* [Rechtsfälle des Reichsger.], vol. I, pag. 83. Mori, *Dell' « actio de in r. v. »*, Firenze, 1891. Il Trib. Imp., vol. I, pag. 143, 159 e vol. XXI, pag. 238, in cause decise vigente il diritto prussiano, trovasi in sostanza nel nostro medesimo punto di vista; nel vol. XLIII, pag. 161, si è associato all'opinione del Windscheid e dello Ihering.

di colui, che deve assumerla (1). Esse sono ancora imperfette. Ma le obbligazioni non debbono però essere necessariamente determinate — *certae* —; possono anche essere indeterminate — *incertae*.

Certe sono le obbligazioni, quando il loro contenuto e la loro estensione sono stabiliti nell'atto del contratto in modo espresso, esatto e completo (2); incerte son quelle le quali non si presentano invero in modo completo dall'atto del contratto, ma possono venir completate senza un nuovo accordo: esse sono dunque indeterminate, ma non indeterminabili (3).

---

(1) Cfr. vol. I, § 108; vedi inoltre fr. 115, D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 35, § 1, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1; [fr. 115 cit.: « Ita stipulatus sum: « 'te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?'. Si « dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur ut certo die « sisteres, imperfecta erit stipulatio non secus ac si quod pondere numero men- « sura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, ve « insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. « quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres et, si non stetisses, « pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires habebit « nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non « posse... »; fr. 35, § 1 cit.: « Illud constat imperfectum esse negotium, cum « emere volenti sic venditor dicit: 'quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti « aestimaveris, habebis emptum' »].

(2) Fr. 74, D. *de verb. obl.*, 45, 1. Gaius, libro 8, *ad edictum provinciale*: « Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae, certum est quod ex « i p s a p r o n u n t i a t i o n e apparet, quid quale quantumque sit, ut ecce aurei « X., fundus Tusculanus... ». Dell'*incertum* tratta a preferenza il fr. 75, D. *eod.* Cfr. inoltre fr. 68, D. *eod* [fr. 75 cit.: « Ubi autem non apparet, quid quale « quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. « Ergo si qui fundum sine propria appellatione vel hominem generaliter sine « proprio nomine aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, « incertnm deducit in obligationem..... Fundi certi si quis usum fructum stipu- « latus fuerit, incertum intellegitur in obligationem deduxisse: hoc enim magis « iure utimur. Illud dubitationem recipi, si quis id, quod ex Arethusa ancilla « natum erit, aut fructus, qui in fundo tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus « sit, an certum stipulatus videatur. sed ipsa natura manifestissimum est incerti « esse hanc stipulationem. Sed qui vinum aut oleum vel triticum, quod in horreo « est stipulatur, certum stipulari intellegitur. Qui vero a Titio ita stipulatur: « 'quod mihi Seius debet, dare spondes?'..... incertum in obligationem deducit, « licet Seius certum debeat... Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistet, « stipulatur, incertum stipulari videtur:..... Qui illud aut illud stipulatur..... « utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam « et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. « sed utcumque is, qui sibi electionem constituit... potest videri certum stipu- « latus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari « oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur... » § 9 eod frag. rip. al § 23 n. 6; fr. 68 cit. rip. al § 23 n. 11].

(3) Il contrapposto di *certum* ed *incertum* ha grande valore processuale. Infatti le *obligationes certae* si adattano ad un trattamento processuale più rapido che

L'indeterminatezza ora sta in ciò, che semplicemente la redazione del contratto è incompleta, mentre le parti erano pienamente d'accordo sul contenuto di esso; ora invece anche in ciò, che il contenuto non è stato ancora completamente stabilito.

a) Le semplici imperfezioni della redazione van rimosse con la interpretazione. Si presuppone naturalmente, che sianvi delle dichiarazioni delle parti o circostanze di fatto, da cui possa essere sufficientemente chiarito il senso del contratto (4).

b) Il completamento dei patti, senza un nuovo contratto, è possibile solo quando i patti stessi ne offrano i mezzi.

A tale scopo il contratto può riferirsi ai rapporti futuri. Si promette, per es., ad un fabbricante tanta quantità di carbone a prezzi convenienti per parecchi anni, quanta gli occorrerà per l'esercizio della sua fabbrica. Nei casi controversi il giudice deve secondo ciò fissare la quantità della merce da consegnare.

Non di rado nei contratti si fa rimando alla decisione di terzi — arbitri. Questi non sono giudici arbitrali che giudicano su di una controversia giuridica, ma coadiutori delle parti nella formazione della obbligazione (5).

Vi sono due classi di arbitri. O si tratta di una decisione personale, ed allora il contratto è condizionato ad essa, e vien meno se gli arbitri non vogliono emetterla, ovvero per morte, malattia od assenza non possono emetterla entro un congruo termine. Oppure il contratto si appella agli arbitri come a periti, ed allora esso non è condizionato. Anche in questo caso invero si dovrà raccogliere possibilmente la decisione degli arbitri designati, ma dato che essa non possa ottenersi, il giudice, inteso se mai il parere dei periti, dovrà procedere alla determinazione dell'obbligazione (6).

---

le *incertae*. Cfr. pel diritto romano più sopra vol. I, § 131. Secondo il diritto procedurale odierno, una « quantità determinata », come oggetto dell'obbligazione è un presupposto dell'applicabilità del procedimento per titoli: Legge di proc. civ., § 592, come pure della procedura d'ingiunzione, L. di proc. civ. § 688.

(4) Fr. 94, D. *de verb. obl.*, 45, 1. MARCELLUS, libro 3, *digestorum*: « Triticum « dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non iuris. igitur si de « aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro « expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil « stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium ». Cfr. fr. 95, D. *eod.*: « Qui insulam fieri stipulatur, ita demum adquirit obligationem, si apparet, quo « in loco fieri insulam voluerit: si et ibi insulam fieri interest eius ».

(5) WEISMANN, *Il lodo arbitrale* (Das Schiedsgutachten) nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. 72, pag. 269; TRIANI, nota sull' *arbitrium boni viri* negli studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini, pag. 163 sgg.; Trib. Imp. Comm., vol. XVI, pag. 427.

(6) I Romani distinguono di preferenza tali specie nel contratto di società; fr. 76 e fr. 78, D. *pro socio*, 17, 2. PROCULUS, libro 5, *epistularum* « ... arbitrorum

Non è poi cosa insolita, negli odierni rapporti commerciali, che ad uno dei contraenti sia data nel contratto facoltà, di stabilire da parte sua più precisamente il contenuto e l'estensione delle prestazioni (7). Tali contratti sono allora obbligatorii, quando circostanze dimostrabili, ed in particolare speciali usi commerciali, o lo stato di affari dell'una parte, offrano una norma per la determinazione, dimodochè l'un contraente non sia sottoposto all'illimitato arbitrio dell'altro (8).

Quando la decisione degli arbitri è da essi dichiarata ad uno dei contraenti, ovvero dall'una parte all'altra, rimane con ciò esaurito il diritto ad essa (9).

Nondimeno nel caso di dolo, violenza od errore essenziale è ammissibile una revisione (10).

A causa di grave improbità della decisione può sempre invocarsi il soccorso giudiziale. Il caso del dolo infatti si ritiene sempre come riservato. Se trattavasi di giudizio peritale, la decisione può anche essere

---

« enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere « debeamus — quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est — « alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim « persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. In proposita autem quaestione « arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio « bonae fidei est ». — Da ciò risulta che invero sono possibili le due forme « dell'*arbitratus*, ma che però nel dubbio deve ritenersi che siasi mirato all'*arbitrium boni viri* ». Anche il Codice civ. germanico al § 317, 1° capoverso, dispone: « Se la determinazione della prestazione è affidata ad un terzo, deve ritenersi nel dubbio che debba esser stabilita secondo equità ».

(7) I Romani non riconoscevano le vendite nelle quali la determinazione del prezzo fosse affidata al compratore: cfr. fr. 35, § 1, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1 [rif. alla nota 1]. Lo stesso valeva per i contratti di locazione. Rümelin, *Contrattazioni per proprio conto* [Selbstkontrahiren], pag. 49. Venivano solo concesse le *actiones praescriptis verbis*, previo adempimento da parte dell'attore. All'incontro la determinazione delle quote sociali poteva già per diritto romano essere affidata all'equo criterio di uno dei socii: fr. 6, D. *pro socio*, 17, 2: « Si « societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad « boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, « ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae indu- « striae pecuniae in societatem collaturus sit ». Nel diritto odierno non può mettersi in dubbio il valore dei contratti di vendita e di locazione, nei quali uno dei contraenti debba determinare il prezzo. Cfr. Cod. civ. germ., § 315.

(8) Cfr. Wiener, nella *Riv. di Goldschmidt*, vol. XXIV, pag. 42; Trib. Imp. Com., vol. XVI, pag. 427. Cod. civ. germ., § 315, 1° capoverso. Sotto tali presupposti occorre non di rado, che simili contratti vengano conchiusi tacitamente, fissandosi solo l'obbligazione dell'una parte, per es., di un capo-fabbrica, ma senza stabilire il compenso dell'opera.

(9) Trib. Imp. Com., vol. XI, pag. 247; Cod. civ. germ., § 318, 1° capoverso.

(10) Secondo il Cod. civ. germ. tale determinazione è « annullabile ».

impugnata, in quanto contraddice allo stato delle cose (11). Chi impugna deve provare (12).

§ 16. — **Promesse impossibili, immorali**.

I. — D'impossibile nulla può essere prestato e quindi neanche dovuto (1). È questo un principio di logica stringente. Perciò la promessa di una prestazione impossibile è necessariamente nulla (2).

Si distinguono i casi della impossibilità secondo il fondamento di essa:

L'impossibilità è assoluta, quando si fonda sulla specie della prestazione promessa, p. es., di evocare gli spiriti; è relativa, quando la prestazione secondo la sua specie è possibile, ma nel caso concreto è impossibile, per esempio, se si promette un cavallo che al presente sia morto (3).

Essa riposa inoltre o su leggi naturali, o sull'ordinamento giuridico (4). Di quest'ultima sorta è ad esempio la promessa di una *res*

---

(11) Vedi il fr. 76, D. *pro socio*, 17, 2, riportato nella nota 6. Cod. civ. germ., §§ 319, 315.

(12) Cfr. Trib. Imp., vol. I, pag. 343.

(1) Savigny, *D. O.*, vol. I, pag. 381, vol. II, pag. 284; Ude, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. XLVIII, nn. 10, 14; Mommsen, *Contributi al diritto delle obbligazioni* [Beiträge zum Obligationenrecht], vol. I, pag. 1 sgg.; Zimmermann, negli *Ann. di Ihering*, vol. XIII, n. 8; Hartmann, *Obbilgazione* [Obligation], pag. 166; Hesse, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LXI, pag. 258; Brinz, vol. II, §§ 245 e 246.

(2) Fr. 185, D. *de R. I.*, 50, 17. Celsus, libro 8, *Digestorum*: « Impossi- « bilium nulla obligatio est ». Cod. civ., § 306: « Un contratto diretto ad una prestazione impossibile è nullo ».

(3) § 1, I. *de inutilibus stipulationibus*, 3, 19: [« At si quis rem, quae in « rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, « qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, « inutilis erit stipulatio »].

(4) § 2, I. *de inutilibus stipulationibus*, 3, 19: « Idem iuris est, si rem « sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publica, quae « usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum homi- « nem, quem servum esse credebat, vel cuius commercium non habuit, vel rem « suam dari quis stipuletur. nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica « res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci « stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis « est. item contra licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in « earum qua causa, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit: « estinguitur stipulatio. ac ne statim ab initio talis stipulatio valebit 'Lucium « Titium cum servus erit dare spondes?' et similia: quia natura sui dominio « nostro exempta in obligationem deduci nullo modo possunt ».

extra commercium, ed ancora la trasmissione in proprietà di una cosa a colui cui già essa appartenga; all'incontro è naturalmente possibile la trasmissione al proprietario del possesso di essa (5).

La impossibilità è obiettiva, esistente cioè rispetto a chiunque, ovvero subiettiva, che riposa cioè nella persona del creditore o del debitore (5 *a*).

Dalla impossibilità, anche subiettiva, deve distinguersi la difficoltà dell'adempimento. Tale è il caso della mancanza di danaro del debitore. Essa non impedisce che sorga un debito di danaro, anche se lo stipulante conosceva la condizione del debitore. Un mendicante può quindi validamente comperare una casa per un milione. Egli può trovar credito, ovvero ereditare (6).

Di regola non si fa distinzione, se l'impossibilità sia di necessità permanente, ovvero possibilmente rimovibile in avvenire. Infatti quanto si promette invalidamente al momento della conclusione del contratto resta per sempre invalido (7).

Se però l'adempimento giusta il contratto è differito, basta che sia possibile in quel tempo, in cui può per la prima volta essere richiesto, anche se al momento della conclusione del contratto esso era impossibile (8). Era eccettuato in Roma il caso della promessa di una *res*

---

(5) Fr. 82 pr., D. *de verb. obl.*, 45, 1. ULPIANUS, libro 78, *ad edictum*: « Nemo rem suam utilitater stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane « rem meam mihi r e s t i t u i recte stipulari videor ».

(5*a*) Quest'ultima è detta dal Cod. civ. germ. « impotenza nel creditore di far eseguire la prestazione ».

(6) Fr. 137, § 4, D. *de verb. obl.*, 45, 1. VENULEIUS, libro 1, *stipulationum*: « Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero « cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. quid ergo, si neque domi « habeat, neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali « et respiciunt ad facultatem dandi... et generaliter causa difficultatis ad incom- « modum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici « eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non vendat, « dare promiserit ». Che simili difficoltà debbano rigorosamente andar distinte dalla impossibilità subiettiva risulta da ciò, che l'obbligazione è giuridicamente sussistente anche nel caso, che lo stipulante alla conclusione del contratto avesse avuto notizia delle dette difficoltà; mentre egli non ha alcuna pretesa, quando alla conclusione del contratto abbia conosciuto l'impossibilità, esistente nella persona del debitore, come, per esempio, se alcuno abbia impegnato scientemente come maestro di lingua francese, chi non comprenda una parola di questa lingua.

(7) Cfr. vol. I, § 122, nota 1.

(8) Cfr. fr. 31, D. *de verb. obl.*, 45, 1. POMPONIUS, libro 24, *ad Sabinum*: « Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis exi- « stentis tempore mea non sit »; fr. 98 pr., D. *eod.*: [« Existimo posse id quod « meum est sub condicione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quam- « quam interim fundus non sit meus: aut, si hoc verum non est et alienum « fundum sub condicione stipulatus fuero isque ex lucrativa causa meus esse

extra commercium (9). Tali contratti, anche se sotto condizione, erano senz'altro puniti, come di cattivo presagio e perciò come immorali. Nel diritto comune sono validi i negozi riguardanti le cose pubbliche, sotto la condizione espressa o tacita che entrino in avvenire in commercio; nulla di sconveniente si vede più in ciò (10).

Particolar valore ha la questione, se la promessa di cosa impossibile obblighi il promittente alla rifazione dei danni, per la ragione che egli ha promesso ciò, che non gli era possibile di poter prestare. A questo riguardo occorre distinguere:

a). L'impossibilità sta nella persona del creditore. In tal caso il debitore, a prescindere dal dolo, nulla deve prestare (11).

« coeperit, confestim peremeretur stipulatio, et si fundi dominus sub condicione « viam stipulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio, et maxime « secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi « putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere »]. Cfr. Cod. civ. germ., § 308: [« L' impossibilità della prestazione non osta alla validità del contratto, se l'impossibilità può esser rimossa, ed il contratto è conchiuso pel caso che la prestazione divenga possibile. — Se una prestazione impossibile è stata promessa sotto una condizione sospensiva o allo scadere di un determinato termine, il contratto è valido, se l'impossibilità cessa prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine »].

(9) Fr. 83, § 5; fr. 137, § 6, D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 34, § 2, D. *de C. E.*, 18, 1: « ... nec enim fas est eiusmodi casus expectare »; [fr. 137, § 6 cit.: « Cum « quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius « vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in « perpetuum relictae sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id « facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea con- « dicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. nec ad rem pertinet quod ius « mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim « scundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet sti- « pulatio »].

(10) Waechter, *Pandette*, vol. II, pag. 277, osserva: « Come mai si potrebbe da noi dire *incivile* e *non fas*, quando alcuno conchiude con un Comune un negozio giuridico riguardante l'acquisto del teatro cittadino o di un pezzo di un cortile di una chiesa, o quando su tali cose contrae giuridici rapporti con un terzo, avendo inteso dire che la città abbia intenzione di alienarle? ». Ciò vale, ad esempio, anche della compera di una porzione di suolo edificatorio, a condizione che la città acconsenta a tor via, e a concedere al compratore una strada pubblica, che passa sulla detta porzione di suolo. Il contratto diviene perfetto, quando tale cessione viene deliberata dall'autorità competente prima del tempo stabilito per il passaggio di proprietà del pezzo di suolo, o prima di altro qualsiasi termine stabilito nel contratto.

(11) Fr. 34, D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 1, § 10, D. *de obl. et act*, 44, 7; [fr. 34 cit.: « Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere « non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, « inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium « habet, ipsi nocere, non mihi »; fr. 1, § 10 cit.: « Nec minus inutilis est sti- « pulatio, si quis rem suam ignorans suam esse stipulatus fuerit »].

b). Diversamente, se l'impossibilità riposi sulla persona del debitore, o su cause obiettive.

Allora il promittente, conforme allo sviluppo del diritto romano posteriore, è di regola obbligato al risarcimento, salvochè lo stipulante conoscesse l'impossibilità al tempo della conclusione del contratto, od almeno dovesse fare attenzione, e considerare, che potesse essersi verificata una impossibilità, senza notizia dell'altra parte (12).

Ciò avviene particolarmente nelle vendite, e negli altri negozi di forniture, anche se il promittente era in buona fede, e senza colpa (13).

---

(12) Riguardo all'obbligo del risarcimento che incombe al promittente, quando l'impossibilità sia basata sulla sua persona, i moderni scrittori sono unanimi: cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 315, nota 3; HARTMANN, *L'obbligazione*, pag 222; vedi però anche il MOMMSEN, *Contributi*, vol. III, pag. 407.

(13) È assai controverso sotto quali presupposti il promittente sia obbligato al risarcimento, nel caso che la prestazione promessa era, al tempo della conclusione del contratto, impossibile per motivi obiettivi. MOMMSEN, *loc. cit*, vol. I, pag. 109, ammette tale obbligazione solo nel caso di dolo o di colpa grave del promittente. All'incontro il SAVIGNY, *D. O.*, vol. II, pag. 290, riconosce un diritto incondizionato al risarcimento, nel compratore che non ebbe notizia dell'impossibilità. Veramente dal WINDSCHEID, vol. II, § 315, nota 5, gli vien fatto rimprovero di aperta contraddizione colle fonti, mentre quest'ultimo scrittore cerca di preservarsene per mezzo di varie distinzioni. Pur nondimeno bisognerà associarsi al Savigny, quando si consideri lo sviluppo storico. Originariamente l'obbligazione era senz'altro priva d'effetto, quando il contenuto di essa era impossibile. Tale era e rimase anche più tardi nella stipulazione, astrazion fatta dal dolo, nel caso dell'apposizione di una *clausula doli*. Tale era originariamente anche nella vendita. Mancava l'oggetto della vendita, dunque non sussisteva alcuna vendita. Divenne perciò necessario che il pretore, in quei casi in cui un *fundus religiosus* fosse stato venduto come un fondo privato, stabilisse una propria *actio in factum* per venire in aiuto del compratore. Fr. 8, § 1, D. *de religiosis*, 11, 7: [« Si locus « religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei « ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto « actionem contineat »]. Ma la giurisprudenza posteriore più libera andò oltre, ed accordò l'*actio ex empto* nella vendita di un uomo libero come schiavo, e di una *res extra commercium* come cosa in commercio. Alcuni giuristi opinavano che propriamente in tali casi non vi fosse una *emptio*, ma una *actio ex empto*, così MODESTINO nel fr. 62, § 1, D. *de contr. empt.*, 18, 1; altri all'incontro argomentavano che sussista una vendita, poichè viene ammessa l'*actio ex empto* del compratore diretta al risarcimento del danno: fr. 4, D. *de contr. empt.*, 18, 1. Inoltre si trovano contraddizioni nelle fonti riguardo alla vendita di cosa inesistente al compratore inconsapevole. Esse devono ricondursi sotto il medesimo punto di vista. L'obbligo del venditore a tenere indenne il compratore in tali negozi di vendita è espresso nel fr. 21 pr., D. *de a. e. v.*, 19, 1 e nei ffr. 8, 9, D. *de her. vel act. vend.*, 18, 4. Il caso che la cosa comprata sia perita fortuitamente dopo la conclusione della vendita è discusso nel fr. 57 pr., *de contr. empt.*, 18, 1; cfr. anche fr. 15 pr.; fr. 34, § 1, D. *eod.* In essi è decisiva la regola da noi stabilita nel testo. [Fr. 62, § 1, cit.: « Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica « pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus vendi-

Si fa questione, se in tali casi debbansi prestare allo stipulante gli interessi positivi, ovvero negativi (14). La prima soluzione è la esatta. Infatti è giusto che egli abbia in danaro ciò che gli è stato promesso (15).

II. — Nulli sono anche i negozi immorali — *contra bonos mores* (16).

« torem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur »; fr. 4 cit.: « Et liberi homines et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intel- « legitur, si ab ignorante emitur, fr. 5, quia difficile dinosci potest liber homo « a servo »; fr. 21 pr. cit.: « Si sterilis ancilla sit cuius partus venit, vel maior « annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor »; ffr. 8, 9 cit.: « Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori « praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed « ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, « pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore « consequatur et si quid emptoris interest »; fr. 57 pr. cit.: « Domun emi, cum « eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil « venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed « si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta « pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars « exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte « solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia « exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione « viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit « inventum, ab huius praestatione liberetur »; fr. 15 pr. cit.: « Et si consensum « fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla « emptio est »; fr. 34, § 1 cit.: « Omnium rerum, quas quis habere vel possidere « vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel « mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est »]. Se viene promesso un atto impossibile, il promittente di regola dovrà solo rispondere di c o l p a, poichè in tali contratti non si promette ordinariamente una incondizionata garanzia per il risultato, ma solo l'impiego della debita cura. Sulle questioni qui discusse cfr. BECHMANN, *La compra-vendita* [Der Kauf], vol. II, pag. 429, ove si riporta anche la bibliografia.

(14) Il WINDSCHEID ammette solo gl'interessi negativi contrattuali, vol. II, § 315, nota 7. Le fonti non danno un risultato determinato: cfr. fr. 7 sgg., D. *de her. vel act. vend.*, 18, 4.

(15) Secondo il Cod. civ. germ., § 307, cap. 1°, colui che promette una cosa impossibile, quando conosce o deve conoscere l'impossibilità, mentre l'altro contraente non la conosce nè deve conoscerla, è tenuto al risarcimento degli interessi negativi contrattuali, non oltre però il positivo interesse dell'altro contraente.

(16) c. 4, C. *de inutilibus stipulationibus*, 8, 38 « Diocletianus et Maximianus... « cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, « nullius momenti sint »; fr. 26, D. *de verb. obl.*, 45, 1; ULPIANUS, libro 42, *ad Sabinum*: « Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti ». Cfr. fr. 27 pr.; fr. 35, § 1; fr. 123, D. *eod.* LOTMAR, *Il contratto immorale* [Der immoralische Vertrag], 1897. Cod. civ., § 138, cap. 1°: « Il negozio giuridico che offende i buoni costumi è nullo ». Il cap. 2° applica questo principio ai negozi usurari.

Tali sono i negozi, nei quali si promette direttamente cosa immorale, p. es., il danneggiamento di cose appartenenti a terzi; come anche quelli, i quali racchiudono indirettamente in sè una immoralità, nel promettersi danaro o valore pecuniario, per lo scopo di provocare o promuovere cosa immorale.

Immorali sono particolarmente i negozi, i quali tendono a limitare in modo eccessivo la libertà della personalità del promittente, ovvero a carpire delle determinazioni, le quali possono soltanto essere l'espressione di un proprio e libero convincimento (17-18).

§ 16 *a*. — Negozi usurari.

1. La libertà contrattuale è il fondamento del diritto delle obbligazioni. Mentre essa permette ad ognuno, di custodire senza riguardi il proprio interesse, sprona le forze, e promuove lo sviluppo del commercio.

Ma essa cela dei pericoli in sè, quando la condizione dei contraenti

---

(17) Così per esempio è invalida la promessa di non stabilirsi mai indipendentemente, di non esercitare mai la concorrenza, Trib. Imp. Comm., vol. XXI, pag. 262; Trib. Imp., vol. XXXI, pag. 97, o di cedere per sempre ad alcuno l'introito complessivo della propria attività economica, Trib. Imp. Comm., vol. XVIII, pag. 107. Cfr. Kohler, *Mon.*, pag. 62; Lemberg, *Le restrizioni della libertà commerciale ed industriale* [Beschränkungen d. Handels- und Gewerbefreiheit], 1888. È invalida la promessa per l'omissione di una denunzia, Trib. Imp. Comm., vol. XXIII, pag. 226. Ciò deve valere persino riguardo ai delitti punibili ad istanza privata. Solo allora il contratto non deve riguardarsi come invalido, quando contenga un risarcimento per un danno prodotto da un delitto già compiuto. Cfr. però Trib. Imp., vol. XLII, pag. 60. Del resto non ogni negozio è nullo, per essere stato, secondo le circostanze, concluso con intenzioni che rendono passibile di pena chi così agisce, Trib. Imp., vol. VI, pag. 170; cfr. anche vol. XVIII, pag. 242. Può essere infatti consono all' intento della legge penale, che il negozio conservi validità, malgrado che chi l'ha conchiuso incorra nella pena.

(18) Nella questione della immoralità di un negozio deve aversi necessariamente riguardo ai motivi determinanti ed evidenti di esso. Quelli appunto decidono a preferenza sulla onestà od immoralità del negozio. Ciò però non deve spingersi all'esagerazione. Altrimenti si porrebbero in pericolo la lealtà dei contratti e la sicurezza del diritto. Non vanno perciò di regola considerati quegli scopi più lontani, semplicemente possibili e transitorii. Difficilmente può stabilirsi una regola fissa che valga a determinare il confine. Il buon senso giuridico deve perciò preservarci dal cadere negli estremi. Il venditore, ad esempio, non può impugnare la vendita dei mobili pel fatto, che il compratore siasi determinato ad ammobiliare l'abitazione della sua druda. Cfr. Ravit, *Sulle condizioni e sui contratti immorali* [Ueber unsittliche Bedingungen und Verträge], nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LVIII, specialm. pag. 66; Kohler, nell'*Arch. per il diritto civile* [Arch. für Bürgerliches Recht], vol. I, pag. 359, vol. V, pag. 161; Schey, *Rapporti obbligatorii* [Obligationsverhältnisse], vol. I, pag. 149.

è assai disuguale. Lo sfruttamento della necessità, dell'inesperienza e della leggerezza di chi per fiacchezza economica o psichica non può tener fronte allo sfruttatore, costituisce l'usura, moralmente condannabile, e socialmente e politicamente dannosa.

2. È un difficile problema per il legislatore, sino a qual punto la libertà contrattuale debba essere circoscritta, di fronte al pericolo dell'usura.

I Romani sin dai tempi più antichi limitavano legalmente l'ammontare del saggio degli interessi (1). Nel diritto posteriore divennero inoltre annullabili le vendite, nelle quali il prezzo non raggiungeva nemmeno la metà del valore della cosa (2). Anche la *lex Anastasiana* (3), per la quale chi acquistava un credito non poteva pretendere dal debitore di esso più del prezzo dell'acquisto cogli interessi, era diretta contro l'usura.

Più radicale era il diritto canonico, il quale proibì in generale gli interessi convenzionali (4). Ma ciò non potè attecchire in Germania.

Nella metà del secolo decimonono si cercò di porre ad effetto in modo assoluto la libertà contrattuale, mentre dalla libera concorrenza si attendeva la rimozione di tutti i pericoli di essa. Perciò la legge federale del 14 novembre 1867 lasciò libero l'ammontare del saggio degli interessi (5); il Codice di commercio poi rimosse pei negozi commerciali l'annullabilità delle vendite per la lesione oltre la metà, come pure la *lex Anastasiana*.

Ciò valse invero a promuovere lo sviluppo del commercio in Germania; ma poichè oramai era libero lo sfruttamento delle classi sociali più deboli, e in particolare anche dei piccoli contadini, crebbero gli inconvenienti sociali, ed il contrasto tra le classi della popolazione.

3. Le leggi imperiali del 24 maggio 1880 e 19 giugno 1893 colpirono perciò con pubbliche pene l'usura, e dichiararono invalidi i negozi usurari.

a) La legge del 24 maggio 1880 si riferiva soltanto ai negozi

(1) Cfr. più sotto § 30, A.

(2) Più sotto § 102, n. 2.

(3) Più sotto § 51, n. 1.

(4) NEUMANN, *Storia dell'usura in Germania* [Geschichte des Wuchers in Deutschland], 1865; STOBBE-LEHMANN *Dr. Pr. Ted.* [Deutsches Privatrecht], vol. III, pag. 348.

(5) In senso analogo disponova già prima il Cod. di comm., art. 292, riguardo ai debiti dei commercianti. La legge federale col 1° gennaio 1871 entrò in vigore anche negli Stati tedeschi meridionali ad eccezione della Baviera, nella quale vigeva una legge particolare, però molto somigliante alla legge federale in parola. La legge introduttiva al Codice civile, art. 39, abolisce la legge del 14 novembre 1867, ma non introduce nuovamente un limite massimo degl'interessi.

sugli interessi; essa venne anche sotto questo rapporto resa più grave dalla legge del 19 giugno 1893.

I mutui quindi e gli altri negozi di ogni sorta, aventi per iscopo di procurare all'altra parte danaro in prestito (per es. anche le vendite con la facoltà della ricompera, che servono a questo scopo) (6), furono dichiarati punibili ed invalidi, quando chi dà il danaro, sfruttando la miseria, la leggerezza o l'inesperienza, fa promettere a sè o ad un terzo dei vantaggi patrimoniali, i quali, sorpassando il normale saggio degl'interessi, sono in evidente sproporzione con la prestazione (7).

b) La legge del 19 giugno 1893 si rivolgeva anche contro l'usura reale.

Per questa si richiedeva non solo lo sfruttamento della miseria, della leggerezza e della inesperienza, per mezzo di vantaggi patrimoniali, che stanno in evidente sproporzione di fronte alla prestazione, ma anche che esso avvenisse per mestiere od abitualmente.

L'occasione prossima si ebbe nei cosiddetti contratti di soccida di ferro e nelle vendite di bestiame, come pure nelle vendite di fondi rustici. Ma la legge andò più oltre; persino lo sfruttamento nei rapporti del lavoro potè trovarvi posto.

Ancora più generale è il § 138, 2° capov. del Codice civile. Per esso ogni negozio usurario è nullo, anche se non sia stato compiuto per mestiere od abitualmente. Le disposizioni del diritto penale non sono modificate.

§ 17. — **Interesse e valore patrimoniale della prestazione.**

Innumerevoli promesse vengono fatte quotidianamente, senza che però siano fornite di azione. Si promette, per es., ad un altro una visita, gli si promette di desinare con lui, di eleggerlo. Dove sta il criterio della vera obbligazione?

1. Il creditore deve essere interessato alla prestazione. Originariamente la giurisprudenza romana richiedeva un proprio interesse patrimoniale del creditore. E ciò mantenne fermo anche più tardi per

---

(6) Cfr. Trib. Imp., vol. XLIII, pag. 116.

(7) Lo « stato di necessità » esiste specialmente quando l'accipiente domanda il danaro pel mantenimento della sua persona o della sua famiglia o del suo onore o della sua industria; la leggerezza e l'inesperienza si ha, quando egli domanda il danaro per il giuoco o per altri scopi improduttivi o per speculazioni arrischiate. Si richiede sempre che il mutuante sapesse che la necessità, la leggerezza e l'inesperienza determinarono l'altra parte ad assumere l'obbligazione a condizioni gravose.

le stipulazioni (1). Ma vi sorpassò nei *bonae fidei iudicia.* Anche il vantaggio degli altri vien trattato come giustificato interesse del creditore, o ch'egli pattuisca in favor loro per considerazioni di parentela o sociali, o per riflessi umanitarii (2). Ciò vale oggi in generale (3).

2. La prestazione deve appartenere alla sfera patrimoniale (4). Anche a questo riguardo la giurisprudenza non è rimasta ferma agli antichi e ristretti confini. Essa non richiede, come in origine, che la prestazione debba aumentare direttamente il patrimonio di colui al quale vien fatta. È sufficiente che trattisi di oggetti, che in commercio si ottengono con danaro. L'interesse patrimoniale allora sta in ciò, che il creditore risparmia quelle spese, che dovrebbe sopportare per procurarsi ciò che gli si deve, se la prestazione non avvenga come si è convenuto (5).

---

(1) Fr. 38, § 17, D. *de verb. obl.,* 45, 1 Ulpianus, libro 49, *ad Sabinum*: « Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, vel filius patri « stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque « sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea ».

(2) Fr. 54 pr., *mandati* 17, 1; Papinianus, libro 27, *quaestionum* «... placuit « enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam »; fr. 6 pr., fr. 7, D. *de servis exportandis,* 18, 7 [fr. 7 cit.: « Servus ea lege veniit, ne « in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut « poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor « agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii pro- « misit inciderit. huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii « praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. quod « si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. « nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit « hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet »]. I Romani riconoscevano in particolar modo la forza obbligatoria del *mandatum aliena gratia,* cioè di un mandato conferito nell'esclusivo interesse di un terzo: fr. 2, § 2, D. *mandati* 17, 1; cfr. Ihering, nei suoi *Ann.,* vol. XVIII, pag. 61. [fr. 2 cit.: « Aliena (gratia) tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia « gereres, vel ut fundum ei emeres vel ut pro eo fideiubeas »].

(3) L'interesse il più delle volte risulterà senz'altro dalla conclusione del contratto. Il creditore non deve di regola fornire una particolar prova di esso, salvochè circostanze concrete ne mostrino il difetto.

(4) Cfr. 9, § 2, D. *de Statu liberis,* 40, 7 « .... ea enim in obligatione « consistere, quae pecunia lui praestarique possunt ». I principii dunque del diritto delle obbligazioni non si riferiscono punto alle promesse, che appartengono semplicemente alla sfera dei rapporti socievoli, qual'è ad esempio quella d'intervenire ad un pranzo, nè a quelle che riguardano il diritto di famiglia personale, o l'esercizio dei diritti politici.

(5) Se il venditore, o chi altrimenti assume delle obbligazioni contro danaro, promette in occasione del contratto principale delle prestazioni, che non comportano una valutazione pecuniaria, il compratore può, nel caso del mancato adempimento di esse, agire per la diminuzione del prezzo della vendita: e viceversa il compratore medesimo dovrà prestare un prezzo più elevato di quello

Non pochi vanno più oltre, ed affermano che nel diritto comune ogni promessa di una prestazione generi un vincolo obbligatorio, fornito di azione, senza riguardo al valore patrimoniale, semprechè non si tratti di semplici capricci. Così si disconosce, che per ciò sia necessario un criterio, per distinguere che cosa si contenga nel confine della obbligazione fornita di azione, e ciò che è solo un dovere etico o addirittura soltanto una cortesia. Un sicuro confine ha un'importanza affatto speciale nel diritto comune, il quale difetta di una forma per la contrattazione delle obbligazioni (6).

Pel diritto del Codice civile non possono valere altri principii (7).

---

promesso, se egli, accanto al prezzo della compera, promise e non adempì delle prestazioni di carattere non pecuniario. Infatti riguardo a tali obbligazioni accessorie il prezzo si considera come aumentato o come diminuito. Da questo principio parte PAPINIANO, libro 27, *quaestionum*, nell'esaminare il caso di una promessa fatta dal compratore di uno schiavo, la quale ridonda a pena di costui. Fr. 6, § 1, D., *de servis exportandis*, 18, 7: « Nobis aliquando placebat non alias ex « vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione « venditoris interesset, veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non « convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non « fuisset, sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbi- « tratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur ». Cfr. fr. 10, D., *eod.*, fr. 79, D., *de contr. empt.*, 18, 1 [fr. 10 cit.: « Cum venderet Pamphilam et « Stichum, venditioni inseruit pactum conventum, uti ne eadem mancipia Pam- « phila et Stichus, quos minorato pretio vendidit, alterius servitutem quam Seii « paterentur post mortemque eius in libertate morarentur: quaesitum est, an « haec mancipia, de quibus inter emptorem et venditorem convenit, post mortem « emptoris iure ipso liberata sint. respondit secundum constitutiones divi Hadriani « super hoc prolatam Pamphilam et Stichum, de quibus quaereretur, si manumissi « non sint, liberos non esse. CLAUDIUS: Divus Marcus ex lege dicta libertatis in « vendendo quamvis non manumissos fore liberos in semenstribus constituit, licet « in mortis tempus emptoris distulit venditor libertatem ». fr. 79 cit.: « Fundi « partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas, « annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Tre- « batius negant posse ex vendito agi, ut id quod convenerit fiat. ego contra puto, « si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam « hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure « utimur »].

(6) Dal requisito del valore patrimoniale della obbligazione vogliono particolarmente prescindere WINDSCHEID, vol. II, § 250, nota 3; IHERING, nei suoi *Ann.*, vol. XVIII, pag. 43; REGELSBERGER in ENDEMANN, *Manuale di diritto comm.* [Handbuch des Handelsrechts], vol. II, pag. 472; PERNICE, *Labeone* [Labeo], vol. III, pag. 172 sgg. Che il diritto romano, anche nella sua ultima forma, abbia tenuto fermo il principio del valore patrimoniale, si argomenta a preferenza dal fr. 6, § 1, D., *de serv. exp*, 18, 7, sopra riportato alla nota 5, e utilizzato da Ihering per l'opinione contraria. Infatti l'argomentazione di Papiniano si volge unicamente intorno a ciò, se almeno m e d i a t a m e n t e non sussista un interesse patrimoniale nel contratto di cui si tratta. Dal fatto che i giuristi romani del-

§ 18. — Contratti a favore di terzi (1).

Sono contratti a favore di terzi quelli nei quali lo stipulante riserva delle prestazioni per un terzo, talchè anche a questi debba esser libero il farle valere in giudizio (2).

---

l'epoca posteriore trattarono così acutamente il requisito dell'interesse patrimoniale, risulta appunto che essi non vollero abbandonarlo. — La teoria romana delle obbligazioni è stata senza dubbio ricevuta. e con essa anche il requisito dell'interesse patrimoniale. Nè si può allegare una legge o una pratica forense che l'abbia abolito. Che, secondo l'ordinamento odierno dell'esecuzione forzata, possano essere eseguite anche delle promesse aventi carattere non pecuniario, non dimostra punto che siasi mutato il concetto dell' obbligazione. È infondato il rimprovero, che la nostra teoria ritenga degni della difesa giuridica solo i beni aventi valore pecuniario, e non altri beni, alcuni dei quali di ordine superiore. È fuori dubbio che vi ha delle pretese non obbligatorie, che sono perseguibili giudiziariamente, malgrado siano prive d'interesse patrimoniale, come ad esempio le promesse di matrimonio o la pretesa alla restituzione della moglie e dei figli trattenuti lungi da noi. Qui si nega solo l' esistenza di obbligazioni che siano prive d' interesse patrimoniale. Quando per es. il fidanzato promette seriamente alla fidanzata di non visitare più l' usato ritrovo, o quando il fratello, di malferma salute, promette solennemente al fratello di non fumare più sigari: dovrebbero siffatte promesse essere fornite di azione e conseguirsene giudizialmente l' adempimento mediante inflizioni di pene? Cfr. LABAND, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LXXIII, pag. 171; POTHIER, *Traité des obligations*, p. 1, ch. 1, § 138, e gli scrittori citati in HASENÖHRL, pag. 22, nota 79. Vedi anche KUNTZE, *Obbligazioni* [Obligationen], 1886, pag. 122; WENDT, *Pand.* § 186; HARTMANN, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LXXIII, pag. 370; HELLWIG, ivi, vol. LXXXVI, n. 4; vedi pure KOHLER, nell'*Arch. per il dr. civ.*, vol. XII, pag. 1.

(7) Cfr. DERNBURG, *Dr. civ.*, vol. II, pag. 185.

(1) Una storia dommatica esauriente dei contratti a favore di terzi offre il GAREIS, *I contratti a f. di t.* [Die Verträge zu Gunsten Dritter], 1873, pag. 51 sgg. Elaborazioni più recenti: STOBBE-LEHMANN, *Dr. pr.* [Deutsches Privatrecht], vol. III, pag. 228; REGELSBERGER in ENDEMANN, *Man. di dr. com.* [Handbuch des Handelsrechts], vol. II, pag. 473; BÄHR, *Decisioni del Tr. Imp.* [Urtheile des Reichsgerichts], pag. 70; REGELSBERGER nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXVII, n. 1, e BÄHR, ivi,, n. 5; DANZ, *La cessione dei crediti* [Forderungsüberweisung], pag. 120; LUIGI TARTUFARI, *Dei contratti a favore dei terzi*, 1889; della teoria e della pratica tedesca tratta la parte quarta; LEONHARD, *L'annullabilità dei contratti riguardanti il patrimonio di un terzo* [Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten], 1892; PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Innsbr., 1898; HELLWIG, *I contratti di prestazioni in favore di terzi* [Die Verträge auf Leistung an Dritte], 1899, tratta in principal modo il diritto del Codice civile.

(2) Dai contratti a favore di terzi occorre distinguere i contratti conchiusi per mezzo di rappresentanti. Infatti nella rappresentanza diretta acquista il diritto solo il rappresentato e non il rappresentante, nella indiretta solo il rappresentante, non il rappresentato. Essi sono dunque, come si esprime lo ZIMMERMANN, *Negotiorum gestio*, pag. 84, « negozi d' un solo strato » [einschichtige], non come i contratti a favore di terzi « di due strati » [zweischichtige].

Il diritto romano più antico riconosceva simili contratti solo in via affatto eccezionale. Si negava allo stipulante l'azione derivante da tali contratti, perchè a lui mancava il proprio interesse pecuniario, ritenuto necessario a costituire una obbligazione, e la si negava anche al terzo, perchè egli non era parte contraente (3).

Ma nel diritto romano posteriore ciò subì essenziali modificazioni. E nel diritto comune la regola è divenuta un'altra.

1. Già in Roma si riconobbe, che lo stipulante allora ottenesse un diritto di agire per la prestazione in favore del terzo, quando egli avesse alla medesima un interesse pecuniario mediato, p. es., se avesse stipulato il pagamento del suo debito al suo creditore (4). Ancora

(3) Fr. 11, D., *de obl. et act.* 44, 7, Paulus, libro 12, *ad Sabinum* : « Quae« cumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra « persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo « neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, « possumus »; fr. 38, § 17, D., *de veb. obl.* 45, 1, cfr. più sopra § 17, nota 1. Faceva eccezione il *fideicommissum a debitore relictum*, nel quale il disponente pattuiva col suo debitore che la prestazione del debito dovesse effettuarsi in tutto o in parte in favore di un terzo: cfr. in particolare fr. 26 pr., D., *depositi*, 16, 3: [« Publia Maevia cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste « et instrumentis commendavit Gaiae Seiae et dixit ei : ' cum sana salvave venero, « restitues mihi : certe, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex « alio marito suscepi '. Defuncta ea intestata desidero res commendatae cui restitui « debeant, filio an marito. Paulus respondit filio »]; Hellwig, *l. c.*, pag. 1 sgg. Qui il terzo già nell'epoca dei giuristi classici aveva un'*actio ex fideicommisso.* Ancora nel diritto antegiustinianeo venne inoltre riconosciuta l' efficacia di quei contratti a favore di terzi, nei quali lo stipulante aveva in mira un assegno a titolo gratuito tra vivi in favore del terzo : c. 3, Cod. *de donat. quae sub m.* 8, 54. [« Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii resti« tuatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis com« pendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui libe« ralitatis auctor fuit vel heredibus eius condicticiae actionis persecutionem « competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui « stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admi« serint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi « accomodabitur »]. Ma il principio rimase immutato : Ancora Diocleziano e Massimiano rigettano nella c. 26 Cod., *de iure dot.*, 5, 12, i contratti a favore di terzi [c. cit.: « Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi « tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi pro« hibente iure quaerere potuit actionem »].

(4) Fr. 38, §§ 20 sgg., *de verb. obl.*, 45, 1, Ulpianus, libro 42, *ad Sabinum* : « Si stipuler alii cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. et « ait Marcellus stipulationem valere [in specie huiusmodi. is, qui pupilli tutelam « administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem « pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi stipulationem valere : interest « enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, « si aliter res cesserit. Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, « deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit : aut si quis, cum pro-

più innanzi si andò nei *bonae fidei iudicia*. Ma nel diritto comune basta in generale un interesse anche non pecuniario, per assicurare allo stipulante un diritto di agire, per es., se il padrone di una fabbrica pattuisce delle prestazioni aventi valore pecuniario in favore dei poveri.

2. Il diritto giustinianeo accordava già al terzo in parecchi casi un'*actio utilis*, per ottenere per sè la prestazione (5).

« misisset Titio fundum Maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se « daturum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio datu iri: item si quis id « locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato « actionem. Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea « erit causa, ut valeat stipulatio. Unde et si procuratori meo dari stipulatus « sum, stipulatio vires habebit: et si creditori meo, quia interest mea, ne vel « poena committatur vel praedia distrahantur, quae pignori data erant »]. § 20, I., *de inutil. stipulat.*, 3, 19. Cfr. inoltre più sopra § 17, nota 3.

(5) Un'*actio utilis* derivante dai contratti di terzi avevano inoltre: *a*) la moglie e i figli di essa, quando l'ascendente nella costituzione della dote aveva stipulato in favore di essi la restituzione della dote medesima: fr. 45, D., *sol. matr.*, 24, 3; c. 7, Cod., *de pact. conv.*, 5, 14 [fr. 45 cit.: « Gaius Seius avus « maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quanti- « tatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi « pactum et stipulationem complexus est: 'si inter Lucium Titium maritum et « Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel « Gaio Seio avo materno redderetur restitueretur que'. quaero, cum Seius avus « maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo « patre suo, in cuius potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione « competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. respondi in per- « sona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus « maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quan- « doque divorterit mulier, actio competere videtur. sed dicendum est Seiae « posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi « dari avus stipulatus esset. sed permittendum est nepti ex hac avita con- « ventione, ne commodo dotis defrudetur, utilem actionem: favore enim nup- « tiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est »]; *b*) il proprietario di una cosa che un terzo depositò o diede a prestito, col patto che la stessa dovesse restituirsi al proprietario: c. 8, Cod., *ad exibendum*, 3, 42 [« Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus « tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut « tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi « actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas « eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem « stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depo- « siti actio »]; *c*) il pignorante, pel quale il creditore, alla vendita del pegno, ha riserbato con apposito patto il riscatto della cosa pignorata: fr. 13, pr., D., *de pigneraticia actione*. 13, 7 [« Si, cum venderet creditor pignus, conve- « nerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, « liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc con- « ventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex ven- « dito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit « aut in factum actione adversus emptorem agere »].

Anche i contratti intorno alle prestazioni verso gli eredi dello stipulante, o ad uno dei suoi eredi, che nel diritto classico non erano per anco fornite di azione, ebbero da Giustiniano piena efficacia (6) Ma pure non la si ruppe mai con la regola.

Al contrario nel diritto comune il terzo è sempre autorizzato ad agire indipendentemente in forza dei contratti a suo favore, quando tale era lo scopo del contratto (7).

---

(6) Antico dogma formale era stato « ab heredibus incipere obligationes non posse ». Esso trovavasi però in contraddizione con scopi assai giustificati dall'umana natura, e fu quindi per lungo tempo minato ed eluso (cfr. GAIUS III, § 100). prima che GIUSTINIANO lo abolisse del tutto con la c. un., Cod., *ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant*, 4, 11 [G. § 100 cit.: « Denique inutilis est « talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur : *post mortem meam dari spondes?* « vel ita : (*post mortem tuam dari spondes*? valet autem, si quis ita dari « stipuletur: *cum moriar dari spondes*? vel ita :) *cum morieris dari spondes?* « id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio « conferatur. nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obliga- « tionem.....» — c. un. cit.: « Cum et stipulationes et legata et alios contractus « post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi « hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua « vetustas utebatur, more humano emendare. Ab heredibus enim incipere « actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipula- « tionum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse « est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, « ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, « ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium « impediatur »]. Cfr. SCHEURL, *Contributi* [Beiträge], vol. I, n. 3.

(7) È assai controverso, sotto quali presupposti competa al terzo il diritto di agire, ed oltracciò quale carattere abbia tale diritto. Assai diffusa era prima la opinione, che il terzo allora soltanto consegua un diritto d'agire in giudizio, quando egli, sull'invito dello stipulante, acceda al contratto. Questa teoria è passata in alcune legislazioni recenti. Ma non vi è certo alcun dubbio che quando tale intervento abbia luogo spetti al terzo l'azione. Però un simile invito ad intervenire e l'intervento del terzo avvengono di rado nella vita pratica. E pur nondimeno in molti casi è stabilito il diritto in parola in favore del terzo. Quali sono dunque i criteri di esso ? Il REGELSBERGER, nell'*Arch. per la prat. civ.*, ritiene, che sia condizionato alla intenzione dei contraenti l'accordare al terzo il diritto di reclamare l'adempimento contro il promittente, in base al negozio dai medesimi conchiuso; cfr. *Trib. Imp.*, vol. II, pag. 54 ; vol. VII, pag. 131. Soggiunge però non esser necessario che questa intenzione sia stata particolarmente espressa nella convenzione, e bastare che risulti chiaramente dalle circostanze. Contro tale teoria si volge il BAEHR, nell'*Arch. per la prat. civ.*, l. c., pag. 163. Egli espone come giammai accada, che le parti nello stipulare siansi pronunziate intorno ad una siffatta intenzione o non, delle prestazioni da farsi al terzo, e come tanto meno sussistano di regola particolari « circostanze », dalle quali possa risultare qualcosa intorno a tale intenzione. È lecito riconoscere, che nella formulazione del Regelsberger viene accentuata in modo troppo esclusivo la particolare volontà delle parti contraenti, mentre per il diritto importa precipuamente la specie tipica

a) Ma in conseguenza di ciò sorge qui la difficile questione, quando il terzo sia un semplice destinatario, il quale è autorizzato solo a riceversi la prestazione, ma non ad agire, e quando egli possa anche per parte sua esperimentare l'azione. Gli stessi contraenti non si pronunzieranno forse quasi mai su di ciò in particolare. Il giudice è quindi rimandato all'apprezzamento degli scopi del negozio, e della intenzione delle parti che devesi dedurne. Il suo compito vien facilitato da ciò: che per consuetudine si è fissata l'autorizzazione ad agire del terzo per determinate specie di contratti. Tale è il caso dei contratti di cessione d'immobili, nei quali l'alienante stipula degli assegnamenti a favore dei figli o della moglie o di altre persone prossime (8), ed inoltre nelle assicurazioni sulla vita a favore di terzi (9).

Anche il destinatario di una spedizione di merci, indicato in una lettera di porto, ha dalla legge un'azione per la consegna dell'oggetto, se il vettore è giunto al luogo della consegna, ed ha rimesso al desti-

---

del negozio e gli scopi di esso. Ma la distinzione tra negozi, nei il quali il terzo ha facoltà soltanto di ricevere la prestazione, e negozi, nei quali egli è autorizzato anche a richiederla in giudizio, corrisponde alla esistente varietà dei fatti. Essa potrà essere difficile, ma tuttavia si offre. Il Cod. civ. germ., § 328, trovasi nel medesimo punto di vista qui sostenuto. [§ 328: « Per contratto si può convenire una prestazione in favore di un terzo, con l'effetto che il terzo acquisti immediatamente il diritto di richiedere la prestazione. — In mancanza di speciale disposizione, deve rilevarsi dalle circostanze, ed in particolare dallo scopo del contratto, se il terzo debba acquistare il diritto, se il diritto del terzo sorga immantinente o solo dietro determinati presupposti, e se alle parti contraenti debba essere riservata la facoltà di rimuovere o di modificare il diritto del terzo senza l'assenso di lui »].

(8) Ciò è saldo nella teoria e nella pratica. Cfr. STOBBE-LEHMANN, *Dr. pr. ted*, vol. III, pag. 239; *Trib. Imp.* vol. II, pag. 277, vol. XXIX, pag. 173; *Cod. civ. germ.*, § 330. [« Se in un contratto di assicurazione sulla vita o di rendita vitalizia il pagamento della somma assicurata o della rendita viene stabilito in favore di un terzo, è a ritenersi nel dubbio che il terzo debba acquistare immediatamente il diritto di reclamare la prestazione. Lo stesso vale quando nel disporre una liberalità s'imponga all'onorato una prestazione in favore di un terzo, o quando chi prende possesso di un patrimonio o di un singolo bene promette una prestazione ad un terzo a scopo di transazione »].

(9) Cfr. Trib. Imp., vol. I, pag. 379 e gli scrittori ivi citati; Trib. Imp., vol. XI, pag. 174, vol. XVI, pag. 126; WINDSCHEID, vol. II, § 316, nota 15; PFIZNER, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXII, pag. 49; HECK, *Le assicurazioni sulla vita a favore di terzi* [Die Lebensversicherung zu Gusten Dritter], 1890; M. REUSCHER, *La natura giuridica del contratto dell'assicurazione della propria vita* [Die rechtliche Natur des Verträges über die Versicherung des eigenen Lebens]. Diss. Inaug. nella Univ. di Berlino, 1890, § 12 sgg.; C. C. germanico, § 330.

natario la lettera di porto (10). All'incontro il destinatario di una spedizione postale non ha alcuna azione alla consegna di essa (11).

b) È dubbio inoltre, se e sino a quando la clausola a favore del terzo possa essere rimossa senza la sua partecipazione. Anche in questo riguardo si deve far capo alla specie caratteristica del negozio in questione (12). Così l'assicurante può, finchè vive, togliere, od assegnare ad altri, le assicurazioni sulla vita stipulate a favore di un terzo; lo stesso dicasi degli assegnamenti stipulati nei contratti di cessione di beni. Il diritto invece del destinatario, indicato nella lettera di porto, sulla merce spedita è saldo, non appena il vettore gli ha consegnato la lettera dopo l'arrivo della merce al luogo della consegna.

c) L'azione del terzo ha radice nel contratto, è dipendente dalla validità di esso, e soggiace anche alle modificazioni, che colpiscono i contraenti riguardo alle condizioni del contratto, prima che il diritto del terzo sia divenuto irrevocabile.

Ma nondimeno è un diritto per sè stante, non semplicemente un credito dello stipulante a lui ceduto. Perciò, tra l'altro, il destinatario della lettera di porto, nel caso della mancata consegna della merce, può liquidare non solo il danno dello speditore, ma anche il suo proprio (13).

---

(10) Cod. comm., §§ 433, 435; Trib. Imp. Com., vol. IV, pag. 359 sgg.; Hellwig, *l. c.*, pag. 477 sgg. Cfr. però Goldschmidt, *Dr. Com.*, vol. II, pag. 749, [§ 433 cit.: « Lo speditore può dare incarico al vettore di trattenere la merce, di restituirla o di consegnarla a persona diversa da quella indicata nella lettera di vettura. Le maggiori spese, che derivano da una simile disposizione devono essere rifatte al vettore. — Tale diritto di disporre dello speditore si estingue, quando dopo l'arrivo della merce al luogo della consegna, viene consegnata la lettera di vettura al destinatario, ovvero questi ha intentato un'azione contro il vettore in conformità del § 435. Il vettore deve in uno di questi casi osservare solo le istruzioni del destinatario; se viola questa obbligazione è tenuto verso il destinatario per la merce ». — § 435 cit.: « Dopo l'arrivo della merce al luogo della consegna, il destinatario è autorizzato a far valere in proprio nome contro il vettore i diritti derivanti dal contratto di trasporto, contro l'adempimento degli obblighi che ne risultano, senza distinzione, se egli agisca nel proprio o nell'altrui interesse. Egli è particolarmente autorizzato a reclamare dal vettore la rimessa della lettera di vettura e la consegna della merce. Questo diritto si estingue quando lo speditore abbia conferito al vettore istruzioni opposte, purchè ancora ammissibili a tenore del § 433 »].

(11) Tr. Imp., vol. XLIII, pag. 98 In senso contrario Hellwig, *l. c.* pag. 520, almeno conformemente alle regole del Cod. civ. germ.; inoltre Paolo Schmidt, *Diss. Inaug.*, Tubinga, 1898.

(12) Cod. civ. germ., § 328 [rip. alla nota 7].

(13) Più d'uno ritiene, che il terzo abbia solo facoltà, di far valere il diritto di credito dello stipulante: la sua azione essere un *actio utilis* quella cioè dello stipulante: cfr. Baehr, *loc. cit.* L'esatta teoria è invece la seguente: il

Capitolo V.

Specie di negozi obbligatorii.

§ 19. — Negozi obbligatorii unilaterali e bilaterali.

1. I rapporti di credito più semplici, in particolare i mutui, dan fondamento ad obbligazioni unilaterali, dimodochè solo l'una delle parti diviene in forza del negozio il creditore, e solo l'altra il debitore.

Questa forma i Romani cercarono d'imprimere quant'era possibile alle obbligazioni anche allora, quando nel fatto trattavasi di un complesso di reciproche pretese. A ciò servivano loro le stipulazioni. Oggi per gli stessi scopi si adopera la cambiale, la quale in pari modo dà origine ad una obbligazione rigorosamente unilaterale.

2. Ma ottennero riconoscimento anche le obbligazioni bilaterali, nelle quali ciascuna parte è al tempo stesso creditore e debitore.

Vi sono due categorie di siffatti negozi:

a) I contratti sinallagmatici fondano uno scambio di obbligazioni reciproche, ambedue ugualmente essenziali pel negozio (1). Tali la compravendita, la locazione, la società.

b) In una seconda categoria di negozi reciprocamente obbligatorii si distinguono obbligazioni principali ed obbligazioni accessorie. L'obbligazione principale serve alla realizzazione dello scopo principale del negozio, l'obbligazione accessoria è per questo scopo

---

terzo fa valere il suo proprio diritto derivante dal contratto. Perciò egli non soggiace alla eccezione di compensazione, per altri negozi, che sta di fronte allo stipulante. Ma egli agisce in base al negozio. Non può quindi sottrarsi alle eccezioni derivanti da esso, per esempio alla *exceptio non adimpleti contractus*. Concordemente il Cod. germ., § 334: « Le eccezioni derivanti dal contratto competono al promittente anche di fronte al terzo ».

(1) Cfr. fr. 7, § 2, D. *de pactis*, 2, 14; fr. 19, D. *de V. S.*, 50, 16. Il Cod. civ. germ., § 320 sgg., designa i contratti sinallagmatici con l'appellativo di « reciproci » [gegenseitige]; [fr. 7, § 2 cit.: « Sed et si in alium contractum res « non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obliga- « tionem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc « συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum « a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manu- « mittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem « a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis « sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec « nascitur actio »].

di più subordinata importanza. Così, p. es., nel mandato, nel deposito. Per la prima sta l'*actio directa*, per l'altra l'*actio contraria*. (2).

§ 20. — **I negozi sinallagmatici in particolare.**

Ai negozi sinallagmatici è essenziale che promessa si contraccambi con promessa.

Vi ha pure una certa reciproca dipendenza delle reciproche obbligazioni da essi derivanti.

Sino a qual punto? Questa è elegante e grave questione: poichè i riflessi s'incrociano.

Quanto più indipendenti sono ambedue le obbligazioni, tanto più grande è il loro particolar valore, tanto più facile la loro realizzazione ed esecuzione processuale, ma tanto più prossimo è anche il pericolo, che l'una parte si arricchisca a spese dell'altra.

Il diritto romano progredito si tenne lontano dagli estremi, in quanto, a prescindere dai contratti di locazione, che furono sottoposti ad un trattamento speciale, elaborò i seguenti principii:

a) Con la conclusione del contratto sinallagmatico (specialmente della vendita) ognuno dei contraenti acquista una pretesa indipendente, e fornita di azione, alla prestazione promessagli.

b) Chi però da parte sua, in onta al contratto, non adempie la prestazione derivante dal negozio, viene respinto per via di *exceptio*, nel caso ch'egli agisca per l'adempimento della controparte.

Molti dei moderni vanno oltre, e ritengono come regola che ognuno dei contraenti possa agire solo per lo scambio delle prestazioni. Il suo diritto di agire sarebbe quindi condizionato alla prestazione da parte sua (1).

---

(2) Più d'uno, come ad esempio il PUCHTA, *Pand.*, § 232, ed il WINDSCHEID, vol. II, § 320, considera le obbligazioni con *actiones contrariae* come obbligazioni « unilaterali » dell'obbligato principale, mentre riguarda l'obbligazione dell'altra parte come alcunchè di puramente possibile ed accessorio. Ciò è inesatto. Il contratto dà origine ad una responsabilità dell'obbligato in via sussidiaria, analoga a quella del debitore principale; solo è incerto se da essa si sviluppano degli obblighi perseguibili mediante azione. Cfr. BRINZ, vol. II, pag. 57; contro di lui il RÜMELIN, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXVIII, pag. 163. Parecchi scrittori parlano di *contractus inaequales bilaterales*, i più recenti, a volte, di contratti bilaterali « imperfetti ».

(1) Alcuni scrittori affermano, che dai contratti sinallagmatici derivi una obbligazione soltanto, costituita da un misto di pretese e contropretese, e che quindi rientri nella controversia non già la singola prestazione cui mira l'attore, ma l'intero negozio in tutta la sua estensione. Così segnatamente il GANS, *Diritto delle obbligazioni* [Obligationenrecht], *Sulle bonae fidei et stricti iuris actiones*.

Ma una accentuazione così recisa della reciproca dipendenza delle pretese sta però in contraddizione con la storia dei contratti sinallagmatici romani, ed oscura l'intelligenza d'importanti principii del diritto comune.

Il diritto romano storicamente e dommaticamente prese le mosse dalla indipendenza delle obbligazioni reciproche.

Noi possediamo una sicura testimonianza, che ancora negli ultimi tempi della repubblica il venditore poteva agire pel prezzo della vendita, ed il compratore per la merce, senza dover temere l'eccezione di non avere ancora da parte propria prestato (2). Ciò corrispondeva al carattere dell'antico diritto, il quale dava più peso al rapido disimpegno delle pretese, che alla possibile assicurazione contro il pericolo di una eventuale soperchieria.

Però il pretore accordava la *exceptio mercis non traditae*, quando gli *argentarii*, che avevano disposto vendite all'incanto, richiedevano dagli offerenti i prezzi delle vendite, prima che avessero consegnato

---

pag. 108; e LIEBE, *La stipulazione* [Stipulation], pag. 284. Cfr. anche SCHEURL, *Contributi* [Beiträge], vol. I, pag. 151: « Il credito ed il credito contrario sono insieme connessi come le membra di un corpo, sono parti di un tutto ». Più misurato è il KELLER, negli *Annali del Bekker*, vol. IV, n. 11. Secondo la sua teoria sorgono invero dai contratti sinallagmatici delle pretese unilaterali ed indipendenti, ma nondimeno reciprocamente condizionate, talchè ogni parte possa reclamare la controprestazione contro l'offerta della prestazione che a lui incombe. Contro il Keller si dichiarò subito tra gli altri il PUCHTA negli *Ann. del Bekker*, vol. V, n. 5, come anche il BEKKER, *Ivi*, vol. VI; cfr. BEKKER, *Le azioni del dir. priv. romano* [Die Aktionen des römischen Privatrechts], vol. I, pag. 368. Vedi inoltre DERNBURG, *La compensazione* [Kompensation], pag. 63 e BECHMANN, *La compra-vendita* [Kauf], vol. I, pag. 540. Bechmann distingue una bilateralità « genetica » della vendita, per cui questa risulta dallo scambio di due promesse reciproche, e riposa quindi sulla costituzione di controcrediti, che sono connessi al momento in cui sorgono, — ed una bilateralità « funzionale » per la quale le obbligazioni reciproche sono vicendevolmente dipendenti nei loro effetti. A buon diritto egli osserva: « Niente può essere più certo di ciò, che la vendita e la locazione in questo senso non erano in origine negozi bilaterali ». Così pure a ragione egli dichiara del tutto priva di fondamento, ed anzi impossibile l'opinione varie volte avanzata, che in un tempo qualsivoglia l'obbligazione abbia generato una *formula duplex*: « quidquid alterum alteri dare facere oportet ». Neanche il Lenel, *edictum perpetuum*, fa menzione alcuna di una tale *actio empti venditi*. È pienamente incredibile, che essa sia appartenuta all'epoca preadrianea e sia poscia scomparsa. Infatti lo sviluppo successivo portò a mitigare l'antica, rozza unilateralità, ma non già a sfaldare una pretesa bilateralità anteriore.

(2) *Varro de re rustica*, II, 2, § 6, dopo aver trattato della conclusione della vendita con la promessa di garanzia, continua: « Quum id factum est, tamen « grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor potest « ex empto vendito illum damnare, si non tradet quamvis non solverit nummos, « ut ille emptorem simili iudicio si non reddit pretium ».

le merci vendute. Questo era diritto singolare di fronte agli *argentarii*, contro i quali i Romani vollero armarsi in parecchi modi di particolari rimedi giuridici (3). Ma la giurisprudenza dell'epoca imperiale accordava per equità in casi analoghi ad ogni compratore la *exceptio mercis non traditae* o *doli*, e analoghe facoltà dava al venditore.

Non si trattava ivi che si lamentasse la mancanza di condizioni dell'azione; poichè indubbiamente i Romani designano l'opposizione come *exceptio*, come un controdiritto (4).

---

(3) GAJUS, *Inst.*, IV, § 126*a*: « Item si argentarius pretium rei, quae in « auctionem venerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor « damnetur, ' si ei res, quae emitur, tradita est '; et est iuxta exceptio ». Che la *exceptio* in parola fosse stabilita contro le azioni degli *argentarii*, ha rilevato particolarmente il LENEL, *Edictum*, pag. 402.

(4) L'importanza del fatto che era necessaria una *exceptio*, per la difesa del compratore convenuto pel pagamento del prezzo dal venditore ancora inadempiente, è sentita assai bene dai nostri contradittori. Ma essi cercano di rimuoverla, asserendo che il prezzo della vendita, nella più parte dei relativi testi, viene domandato non già in base al contratto di vendita, ma bensì in base ad una stipulazione o ad un contratto letterale conchiuso riguardo ad esso, e contro del quale è indispensabile una *exceptio*. Ma nulla è detto di tutto ciò nei testi medesimi. L'interposizione di una stipulazione si potrà congetturare nel fr. 25, D. *de a. e. v.*, 19, 1, ed affermare riguardo al fr. 5, § 4, D. *de doli mali exceptione*, 44, 4, malgrado che in ambo i casi si cozzi contro forti dubbi; [fr. 25 cit.: « Qui pendentem « vindemiam emit si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem « pretium exceptione uti poterit ' si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re « petitur, quae venit neque tradita est. ' ceterum post traditionem sive lectam « uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum « agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam pollere prohibeatur »; fr. 5, § 4 cit.: « Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus « sit domino: agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam « is qui vendidit domino pretium solverit (etiam mercis non traditae exceptione « summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo is qui vendidit agit « adversus dominum... »]. Tale ripiego è in ogni caso escluso di fronte alla c. 5, Cod. *de evictionibus*, 8, 44, ANTONINUS: « Ex praediis, quae mercata es, si aliqua « a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, « ut ea a creditrice liberentur: id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione « pretium petentem doli exceptionem opposueris ». L'azione del venditore derivante dal contratto non è dunque diretta allo scambio delle prestazioni, ma al prezzo promesso senz'altro. Soltanto il compratore ricava un'eccezione fondata sull'equità dalla mancata prestazione dell'attore. Ad ogni modo gli avversari si appoggiano ad ULPIANO, libro 32, *ad edictum*, fr. 13, § 8, D. *de a. e. v.*, 19, 1: « Offerri « pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, « nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam « rem quam vendidit ». Anche questo passo dimostra come si tratti appunto di un controdiritto del convenuto. Vedi HEERWART, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. VII, pag. 314. Per la storia della *exceptio* cfr. in generale DERNBURG, *La compensazione*, pag. 68 e BECHMANN, *La compra-vendita*, vol. I, pag. 568, vedi inoltre ANDRÉ, *L'eccezione del non adempito contratto* [Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages], 1890, § 5; W. STINTZING, *Nondum est ex empto actio*, 1893.

Il concetto fondamentale dei contratti sinallagmatici romani risalta nelle seguenti teorie del diritto romano.

Vale la regola di diritto: « *periculum est emptoris* ». Per conseguenza il compratore deve sborsare il prezzo della vendita anche allora, quando, dopo la perfezione del contratto, ma prima che siasi verificata la tradizione della cosa, questa sia perita per caso fortuito, talchè non possa essere prestata (5).

Tutto ciò non può conciliarsi con la teoria che in forza dei contratti sinallagmatici ogni parte sia solo vincolata alla prestazione, contro l'offerta della controprestazione, e che quindi l'obbligazione sia diretta ad uno scambio delle prestazioni reciprocamente promesse. Tutti i tentativi di spiegare con questa teoria il passaggio del rischio al compratore, alla conclusione del contratto, dovevano necessariamente naufragare. Infatti la contraddizione è palpabile, e può essere rimossa a mala pena e in modo artificioso (6).

Partendo dal nostro punto di vista il principio romano si spiega da sè. Il compratore ha promesso il prezzo della vendita. Egli deve pagarlo. Egli potrebbe opporre all'azione una eccezione, nel caso che il venditore, in opposizione al contratto, non presti la merce. Ma di ciò non si fa ora questione. La merce è perita, e propriamente per caso fortuito. Il venditore è per conseguenza liberato dalla sua obbligazione. Nulla si oppone alla sua pretesa al prezzo della vendita. Dunque il compratore sopporta il rischio (7).

2. Dacchè i contratti sinallagmatici si fondano su di uno scambio di reciproche obbligazioni, così poteva darsi la possibilità di contratti claudicanti (*negotia claudicantia*), nei quali, in forza del negozio bilaterale solo una parte è la creditrice, e solo l'altra è obbligata. In particolare, se un impubere conchiude un contratto sinallagmatico senza

---

(5) Cfr. più sotto § 96. Sulla locazione cfr. più sotto § 110 e 111.

(6) La regola « *periculum est emptoris* » deve essere più particolarmente esaminata nella teoria della vendita. Le opinioni sul fondamento di essa sono insieme raccolte nel miglior modo dal PUNTSCHART, *I rapporti giuridici fondamentali* [Die fundamentalen Rechtsverhältnisse), 1885, pag. 5 sgg.

(7) Contro i principii qui sostenuti non sta il fr. 50, D. *de a. e. v.*, 19, 1. LABEO, libro 4, *posteriorum*, il quale contiene piuttosto la conferma di essi. « Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei « venditae debere desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur « et re sua careret ». Labeone ha dinanzi agli occhi quelle nuove leggi (*novae tabulae*) che stabiliscono la remissione dei debiti di danaro, frequenti nell'epoca repubblicana. Il venditore non può allora essere costretto alla tradizione della cosa, se non gli viene offerto l'intero prezzo della vendita. Ciò si giustifica osservando, che il compratore agisce contro il contratto di vendita, quando faccia uso del beneficio concessogli dalla nuova legge. Cfr. BECHMANN, *La compravendita*, vol. I, pag. 589.

il consenso del suo tutore, egli, in forza del contratto medesimo, diventa creditore, poichè può indipendentemente acquistare diritti dai contratti, ma non è obbligato alla controprestazione, perchè non può indipendentemente obbligarsi coi negozi giuridici (8). Veramente egli potrà ottenere ciò che gli è stato promesso, solo quando da parte sua offra la controprestazione, poichè vi sarebbe dolo, nel far valere per proprio conto un negozio, cui nel tempo stesso non si lascia valere contro di sè (9). Ma egli soltanto può esperimentare l'azione : l'altra parte deve essere perciò in ogni tempo preparata alla prestazione, senza potere agire da parte sua. Francamente in conseguenza di ciò, la condizione di essa è assai sfavorevole.

Più recisamente viene affermata dal codice civile la omogeneità dei reciproci diritti. Se la prestazione dell'una parte è impossibile, l'obbligazione dell'altra è anche per ciò estinta. Il principio « *periculum est emptoris* » è messo da parte, come pure il *negotium claudicans*.

---

(8) Fr. 13, § 29, D. *de act. empt. vend.*, 19, 1. ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: « nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat ». Cfr. pr. I. *de auctoritate tutorum*, 1, 21. Un altro caso del *negotium claudicans* si ha quando viene venduta una *res furtiva*, e soltanto il compratore, non anche il venditore, abbia notizia del furto. Qui sorge un' azione del venditore diretta al pagamento del prezzo, ma non già un'azione del compratore reo di dolo: fr. 34, § 3, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1 [« Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod « venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur « venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod conve- « nerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio con- « trahitur, et ita Pomponius quoque scribit »]. Sui *negotia claudicantia*, cfr. BRANDIS, nella *Riv. del Linde*, vol. VII, pag. 149 sgg.; DERNBURG, *Compensazione*, pag. 71 sgg.; inoltre gli scrittori citati in ARNDTS, § 234, nota 4.

(9) La teoria, che all'obbligato unilateralmente in forza del contratto sinallagmatico competa un diritto di ritenzione, finchè non segua l'offerta della controprestazione da parte dell'altro contraente in sè e per sè non obbligato, era precipuamente sostenuta da PAOLO, cfr. fr. 7, § 1, D. *de resc. vend.*, 18, 5 e gli altri testi citati nel DERNBURG, *Compensazione*, pag. 74, nota 2. [fr. 7, § 1, cit : « Si « pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore « emit, quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tene- « batur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint: quod si ante tutoris « auctoritas intervenerit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est poste- « riore emptione. item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut « discedatur ab emptione : an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris aucto- « ritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones compe- « tant. sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte emptio sit con- « tracta, vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et « maxime, si iusto errore sit deceptus »]. Ulpiano non aveva ancora evidentemente questo concetto, altrimenti nel passo sopra riportato alla nota 8 non avrebbe potuto trascurare questa importante modificazione.

Ma anche adesso il diritto di agire di ciascuna parte è indipendente, e non già condizionato alla prestazione per parte propria. Solo per motivi di equità si accorda, contro l'azione, l'eccezione del contratto non adempito (10).

§ 21. — Eccezione del contratto non adempito (1).

I. — L'eccezione del contratto non adempito (*exceptio non adimpleti contractus*) è di grande importanza pratica. Essa può aver luogo in tutti i contratti sinallagmatici (2), ed ha caratteristiche particolari (3).

1. Di regola l'onere della prova incombe all'attore, che vuole respingerla, non già, come per le altre eccezioni, al convenuto che l'allega. Così, se l'attore asserisca che essa non trovi posto, perchè il convenuto abbia a prestare prima di lui, egli deve ciò provare, perchè la simultaneità delle prestazioni nei contratti sinallagmatici, a prescindere dalle locazioni, è la regola. Ma anche se l'attore respinga l'eccezione pel motivo, che egli abbia di già adempiuto alla sua obbligazione, non deve perciò meno provare il suo asserto. Poichè è in generale obbligo del debitore, di provare nelle controversie, di avere adempiuto (4).

2. Una seconda caratteristica è, che questa eccezione non conduce necessariamente al rigetto dell'azione, e neanche relativamente a quanto si allega. Infatti non sarebbe opportuno che, quando già la decisione sull'azione ed eccezione fosse matura, si dovesse respingere l'azione dell'attore, affinchè egli altra ne intentasse, dietro l'offerta della prestazione da lui dovuta. Perciò nel caso che la eccezione sia fondata, sulla eventuale offerta dell'attore, dovrà pronunziarsi la condanna del

---

(10) Cfr. Dernburg, *Dr. civ.* [Burgerliches Recht), vol. II, pag. 200 sgg.

(1) Sullo sviluppo della *exceptio non adimpleti contractus* cfr. più sopra § 20; sul suo carattere come eccezione vedi segnatamente Heerwart, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. VII, n. 18; vol. XIV, n. 9; vol. XVIII, n. 15; inoltre gli scrittori citati dal Windscheid, vol. II, § 321, nota 2; André, *loc. cit.*, § 5 e su di quest'ultimo R. Saleilles, negli *Annales de droit commercial*, vol. VI, pag. 287; vol. VII, pagg. 24, 97, 175.

(2) Cfr. F. Zimmermann, *Sull' ammissibilità dell' eccezione del non adempito contratto di fronte all' « actio pro socio »* [Ueber die Statthaftigkeit der Einrede des nicht erfüllten Verträges gegenüber der *a. p. s.*], nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LIV, n. 12.

(3) Bruck, *L'onere della prova in relazione alla natura dell'oggetto della vendita* [Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes), 1874.

(4) Cfr. più sopra, vol. I, § 159. Il Cod. civ. germ. concorda con ciò malgrado che non decida espressamente la questione.

convenuto, sotto la condizione della contemporanea prestazione dell'attore (5-6).

Da ciò deve ritenersi, che si tratti di una eccezione dilatoria. Quindi colui che da parte sua abbia adempiuto, nell'erronea credenza che l'altra parte abbia già eseguito la prestazione, non è autorizzato alla ripetizione con la *condictio indebiti*. Infatti egli non ha prestato che ciò che doveva (7). A lui quindi rimane soltanto l'azione per la controprestazione dovutagli secondo il contratto. Ed oltracciò è chiaro, che colui il quale adempì nell'aspettativa della successiva prestazione dell'altra parte, non ha diritto alla ripetizione, se tale sua aspettativa resta delusa. Prestando egli infatti senza insistere sulla contemporanea controprestazione, egli ha fatto credito. Solo nel caso che abbia adempiuto, ingannato da fallaci abbindolamenti, gli compete il diritto della ripetizione a causa del dolo (8).

II. — Accanto alla *exceptio non adimpleti contractus* si trova la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Nella pratica però vengono raccolte sotto di essa cose assai differenti (9).

---

(5) Vedi più sopra vol. I, § 154, II, 1 c. Così pure il Cod. civ. germ. al § 322, cap. 1°: « Se l'una parte intenta azione diretta alla prestazione a lei dovuta in forza di un contratto bilaterale, il farsi valere dall'altra parte il diritto che le spetta, di negare la prestazione sino all'effettuazione della controprestazione, ha soltanto l'effetto che essa debba esser condannata all'adempimento, simultaneo al contro-adempimento ».

(6) Se il convenuto contro l'eventuale offerta dell'attore obietta che egli non sia più tenuto ad accettare perchè ritardata la consegna, e perciò domanda il definitivo rigetto dell'azione, il giudice deve anzitutto decidere sul *petitum* della condanna incondizionata, ma poi, se tale richiesta deve respingersi, il che può avvenire mediante giudizio *parziale*, deve sentenziare sulla questione dell'ammissibilità della consegna posteriore, e pronunziare l'eventuale condanna, nel caso di tale ammissibilità. Cfr. la notevole esposizione di ANDRÉ, *loc. cit.*, pag. 129.

(7) RÖMER, nella *Riv. per il diritto commerciale di* GOLDSCHMIDT [Zeitschrift für Handelsrecht], vol. XIX, n. 4; fr. 51, D. *de condictione indebiti*, 12, 6. [« Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, « ea si solverimus, repetere non possumus »]. In senso contrario WINDSCHEID, vol. II, § 321, nota 10.

(8) Il contrario ritiene WINDSCHEID, *loc. cit.* Egli ammette la ripetizione, quando la prestazione avvenne « nell'aspettativa, che la controprestazione seguisse, senza che sia necessario di ottenerla per le vie giudiziarie ». « Chi ha eseguito la prestazione » ragiona il Windscheid « non ha in tal caso prestato in grazia della sua obbligazione, cui egli conosceva non esser tenuto ad adempire, ma bensì effettivamente in grazia della controprestazione egli ha rinunziato alla sua eccezione ». Ma queste sono distinzioni che non si reggono nella vita pratica. Come dovrà manifestarsi l'aspettativa che la controprestazione abbia a verificarsi senza l'aiuto giudiziale? Vedi anche HANAUSEK, *Responsabilità del venditore* (Haftung des Verkäufers), vol. II, pag. 218.

(9) Cfr. ANDRÉ, *loc. cit.*, cui noi seguiamo nella presente esposizione, allontanandoci dalle nostre due prime edizioni.

a) Solo una sottospecie della *exceptio non adimpleti contractus* si ha quando il convenuto trattiene la controprestazione dovuta, affermando, che la cosa prestata od offerta dall'attore non costituisca adempimento, essendo incompleta o difettosa, o consistente in qualche cosa di diverso dall'oggetto dovuto.

Pur sempre qui l'onere della prova si configura in particolar modo. Invero l'attore deve da parte sua dimostrare, che ciò ch'egli ha prestato od offerto corrisponde pienamente alla sua obbligazione. Ma basta all'uopo la prova dell'esteriore idoneità della cosa prestata, e che quindi secondo l'apparenza tutto sia conforme al contratto; infatti ciò che è normale deve esser supposto. È a presumersi la regolare prestazione, quando l'altra parte l'accettò senza riserva, malgrado che usando la debita diligenza dovevano saltarle agli occhi i difetti più tardi lamentati. All'incontro, se il convenuto ritiene, che la cosa offerta o prestata in condizione apparentemente regolare era nonpertanto difettosa, deve egli ciò provare.

Il convenuto può trattenere per intero la sua prestazione, anche se i difetti denunziati sono di poco rilievo. Infatti soltanto contro il pieno adempimento egli è obbligato a prestare. Se però ha accettato una volta la prestazione come regolare, e solo vi mancano ancora delle parti insignificanti o delle prestazioni accessorie, egli può richiedere solo la ulteriore consegna od il risarcimento dei danni, e trattenere in quanto sia divisibile la sua contro prestazione, soltanto per una parte proporzionale. Ciò deriva dalla equità ed opportunità, qui decisive (10).

b) Sotto la forma della stessa eccezione non di rado il convenuto fa valere un suo controdiritto indipendente, diretto, per esempio, alla rescissione o alla diminuzione del prezzo della vendita, e al risarcimento del danno. Esso, secondo la sua specie, porta ora al definitivo rigetto dell'azione, ora alla diminuzione della somma pretesa dall'attore. Il convenuto, conforme ai principii generali, deve provare i punti di fatto, su cui il suo controdiritto si fonda.

§ 22. — **Obbligazioni astratte.**

Il contrapposto di negozi astratti e causali (1), è nel diritto delle obbligazioni, di speciale importanza.

---

(10) Il Cod. civ. germ., al § 322, al. 2°, dispone: « Se l'una parte abbia parzialmente prestato, la controprestazione in tanto non potrà esser negata, in quanto tale rifiuto secondo le circostanze, ed in particolare a causa della proporzionale esiguità della parte rimanente, verrebbe ad urtare contro la lealtà e la buona fede ».

(1) Cfr. vol. I, § 95.

Alle obbligazioni si dà vita per determinati motivi economici. La loro esistenza e la loro estensione sono di regola, nei cosidetti negozi causali o materiali, dipendenti dalla loro *causa*. Chi promette 1000 in forza di un mutuo, li deve solo se gli siano stati sborsati; e chi promette 100 come prezzo della vendita, non può essere costretto al pagamento, se la merce venduta non gli vien consegnata.

Ma ciò naturalmente fa pesare sul creditore delle prove difficoltose, se egli voglia agire per le somme dovutegli. In conseguenza di ciò il normale incasso dei suoi crediti può arrestarsi, e con ciò forse anche l'esercizio della sua industria.

La necessità pel commercio del preciso introito del danaro dovuto giustifica sopratutto le obbligazioni astratte.

I. — Esse venivano costituite in Roma mediante la stipulazione nella sua figura più semplice: *decem dare spondes? spondeo* (2). La stipulazione conteneva una promessa di debito, ma niuna causa del debito. Se quindi riguardo ad essa si veniva ad un giudizio, il giudice doveva giudicare puramente e semplicemente sulla validità giuridica della data promessa, ma non sulla causa di essa. Questo stato del diritto però non si mantenne a lungo.

a) Il nesso della promessa di debito con la sua causa è, sino ad un certo grado, indissolubile. Non potevano quindi non sopravvenire i conflitti.

Il debitore può aver promesso per una causa preesistente, per esempio, in forza di una presunta obbligazione, derivante da ven-

---

(2) Il carattere astratto della stipulazione è stato apprezzato per la prima volta dal Liebe, *La stipulazione*; ed i risultati ottenuti sono stati in seguito messi a partito per la teoria della cambiale. Ma a ragione il Salpius, *La novazione* [Novation], pag. 212, ha rilevato, come la stipulazione, essendo una generale forma di contratto, poteva accogliere in sè anche negozi materiali: fr. 5 pr. D. *de verb. obl.*, 45, 1; Paulus, *Sent.*, II, 22, § 2; [fr. 5 pr. cit.: « Stipulationum aliae iudiciales « sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudi- « ciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, « veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, « veluti damni infecti. praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his « contineantur etiam ediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. conventionales « sunt, quae ex conventione rerum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot « paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem « fiunt et pendent ex negotio contracto. communes sunt stipulationes veluti rem « salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et « interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: item duplae stipulatio « venit ab iudice aut ab aedilis edicto »; Paulus, *loc. cit.*: « Omnibus pactis « stipulatio subici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit »]. Cfr. del resto anche Wendt, negli *Ann. di* Ihering, vol. XXVIII, pag. 31, e contro di lui Pernice, nella *Riv. di Savigny* Parte *Rom.* [Zeitschrift der Savigny-Stiftung, röm. Abth.], vol. XIII, pag. 264. Vedi anche Mitteis, *Diritto dell'Impero* [Reichsrecht], pag. 496.

dita, locazione, mandato o società (*stipulatio debiti*), ma in seguito si dimostra che è intervenuto un errore scusabile, e che la presunta obbligazione non sussisteva. Ovvero, il che era ancora peggio, egli aveva promesso in vista di un atteso avvenimento futuro, in particolare del pagamento di una valuta (*stipulatio ob causam*), e questo non ebbe luogo (3).

Si fu costretti di accordare in tali casi al promittente una *condictio* per la liberazione del debito della stipulazione (4), che era privo di causa, e persino una *exceptio doli* contro l'azione *ex stipulatione*. Con ciò la stipulazione perdette il suo originario carattere reciso, ma anche spesso disumano. Conservò peraltro pregi essenziali, finchè il promittente, come principalmente accadeva, dovè da parte sua provare la mancanza di causa nel caso d'impugnativa (5).

b) Ma anche ciò ebbe a mutarsi nell'epoca posteriore classica. Si richiese d'allora in poi da parte dello stipulante, che intentava l'azione della stipulazione, la prova della realizzazione della causa, se il convenuto allegava la mancanza di essa (6). Ciò pose un limite ad

---

(3) Sulla *stipulatio debiti* e *ob causam* vedi BAEHR, *Il riconoscimento come causa dell'obbligazione* [Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund], 1855, 3ª ediz. 1895, e particolarmente §§ 14 sgg.; cfr. anche il chiaro prospetto delle opinioni del BAEHR nel ROCHOLL, *Casi giuridici del Trib. Imp.* [Rechtsfälle des Reichsgerichts], vol. I, pag. 256.

(4) Su di questa *condictio* « *liberatoria* » cfr. fr. 1 e fr. 3, D. *de condictione sine causa*, 12, 7 [fr. 1 cit.: « ... qui autem promisit sine causa, condicere quan- « titatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem... »; fr. 3 cit.: « Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur: « nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam « suscipere eum oportuerit, nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obliga- « tione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem « nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota sti- « pulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, « incerti consequetur, ut quinque liberetur »]. SALPIUS, *loc. cit.*, pag. 289.

(5) QUINTILIANUS, *Inst. orat.*, IV, 2, 6: « Satis est dixisse: certam creditam « pecuniam peto ex stipulatione: diversae partis expositio est, cur ea nondum « debeantur ».

(6) Se il convenuto contro la stipulazione obiettava, che la valuta era stata promessa má non consegnata, l'attore doveva, senz'alcun dubbio, provare il pagamento: c. 3, Cod. *de non numerata pecunia*, 4, 30. ANTONINUS: « Si ex cautione « tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu « non numeratae pecuniae, compelletur petitor probare pecuniam tibi esse nume- « ratam: quo non impleto absolutio sequetur » (a. 215). Ciò doveva condurre ad ulteriori conseguenze, che sono svolte dal fr. 25, § 4, *de probationibus*, 22, 3. PAULUS, libro 3, *quaestionum*: « Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. « sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, « in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem « deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro

ogni sopruso, ma tolse anche alla stipulazione la caratteristica utilità di essa.

Il suo carattere astratto per tal modo era in sostanza perduto; e ciò dovè divenire della maggiore importanza anche a riguardo dei documenti della stipulazione. Se essi attestavano la promessa di un debito soltanto, ma non la causa del debito (la cosidetta *cautio indiscreta*), non potevano più provare sufficientemente l'obbligazione.

Di conseguenza la più antica teoria del diritto comune null'altro conobbe, che i negozi materiali, e nessun titolo di credito valeva come probatorio, se oltre della promessa di debito, non indicava la causa del debito stesso. Lo si respingeva indietro come *cautio indiscreta.*

II. — Ma nel diritto comune più recente l'istituto delle obbligazioni astratte fu richiamato in vita (7). Ciò avvenne anzitutto per la pratica dei commercianti nel diritto; ma non si rimsase lì.

1. La cambiale crea necessariamente delle obbligazioni astratte; essa non può contenere la causa del debito, se dev' essere cambiale. In origine era solo uno strumento pei negozi dei commercianti, oggi è libera a chiunque.

« quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi « evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec « indebite promisisse ». Cfr. c. 13, Cod. *de non numerata pecunia*, 4, 30. [« Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque « pecuniis ex antecedente causa descendentibus eamque causam specialiter pro- « missor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, « cum suis adquiescere deceat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum « argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium « quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum « sit. nimis enim indignum esse iudicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide « protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere »]. Quanto ci sia tramandato di Paolo nel fr. 25, § 4, non è possibile ricavare. In ogni modo le decisioni riportate sono insieme concordi. Se l'attore, che agisce in base ad una *cautio indiscreta,* deve provare, di fronte all'eccezione del convenuto, il pagamento della valuta, quando egli indica la dazione di essa come il fondamento della stipulazione, gl'incombe di conseguenza anche la prova delle precedenti obbligazioni, quando egli assuma che nella esistenza delle medesime stia la causa della stipulazione. Altrimenti egli potrebbe nel modo più facile per mezzo di un semplice pretesto liberarsi da una prova difficoltosa e forse anche impossibile. Del resto le teorie sulla famosa legge 25, § 4, D. *de probationibus* sono assai divise. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 318, nota 4, e gli scrittori ivi citati. Noi troviamo soltanto, che le disposizioni menzionate furono i rintocchi funebri delle stipulazioni astratte nel diritto romano; GNEIST, *I contratti formali* [förmelle Verträge] pag. 198. Cfr. anche PERNICE, *loc. cit.*, pag. 264.

(7) Il diritto tedesco anteriore non richiede punto per l'azione la dimostrazione della causa dell' obbligazione: cfr. STOBBE-LEHMANN, *Dr. Pr.*, vol. III, § 220, nota 3 sgg.

2. Del pari è legalmente riconosciuta la forza obbligatoria degli assegni e dei titoli di obbligazioni dei commercianti, riguardanti cose fungibili, anche se privi dell'indicazione della causa del debito (8). Anche i titoli al portatore creano di regola obbligazioni astratte.

3. A prescindere da questi casi particolari, la volontà delle parti può costituire delle obbligazioni dirette a prestazioni determinate, senza dipendenza dalla causa del debito. Solo dev' esser certa la volontà delle parti a ciò diretta (9). Così è specialmente, quando in conformità di una liquidazione di conti, si dichiara di dovere una determinata somma. Ivi infatti si manifesta chiaramente la volontà, che non si debba più ritornare sui fattori del conto, e che solo debba essere decisivo il risultato di esso. Lo stesso dicasi del riconoscimento del debito di una certa somma (10).

Con ciò dovè essenzialmente modificarsi l'antica teoria della *cautio indiscreta*. Il titolo dell'obbligazione che non reca la causa di essa, è in tutto e pienamente probante, se le parti vollero visibilmente costituire una obbligazione astratta. Ma se tale intenzione da esso non risulta, esso è anche oggi solo un frammento, la cui portata si può dimostrare solamente, quando sia messa in chiaro la causa del debito (11-12).

---

(8) Cod. comm., § 363. Trib. Imp. comm., vol. VII, pag. 204; vol. VIII, pag. 431; vol. XIX, pag. 277.

(9) Sin da quando il Bähr (*loc. cit.*) difese questa opinione essa ha sempre acquistato maggior numero di seguaci. Al diritto giustinianeo non si può invero collegare il riconoscimento di promesse astratte: cfr. più sopra nota 6. Ma se il diritto comune riconosce senz'altro la perseguibilità dei contratti obbligatorii, perchè la concorde volontà delle parti non dovrebbe avere la forza di dar vita anche ad obbligazioni astratte? Cfr. Windscheid, vol. II, § 318. E se ciò non si reputa decisivo, esiste in ogni caso una disciplina sorta dalla vita giuridica e dai bisogni di essa, che, radicata nelle idee della vita pratica, si è liberamente sviluppata in base allo scritto del Bähr e mediante l'influenza da esso esercitata sulla teoria e sulla pratica.

(10) In senso analogo Trib. Imp., vol. II, pag. 337, inoltre vol. III, pag. 264. La forma scritta qui richiesta si fonda sulle disposizioni del diritto prussiano riguardanti la forma.

(11) Fa difficoltà il voler vedere nel dubbio in ogni obbligazione emessa senza causa l'assunzione di una obbligazione astratta. Ciò riposa sull' ipotesi, che la omissione della *causa* nell'obbligazione sia in sè un segno sicuro dell' intenzione di assumere un'obbligazione astratta. Ma ciò non può concedersi. Neanche la pratica va tant'oltre: cfr. Trib. Imp. comm., vol. XXI, pag. 179; Rocholl, *loc. cit.*, pag. 332 sgg.; Trib. Imp. nell'*Arch. di* Seuffert, vol. XLVIII, n. 23.

(12) Cfr. §§ 780-782. [§ 780: « Per la validità di un contratto, col quale si promette una prestazione in modo, che la promessa debba da sè costituire l'obbligazione (promessa di debito), si richiede la redazione in iscritto della promessa, in quanto non sia prescritta un'altra forma »; § 781: « Per la validità di un

Anche il Codice civile conosce una promessa astratta, e un astratto riconoscimento di debito. Per la validità di questi contratti è richiesto il rilascio in iscritto della promessa, e della dichiarazione di riconoscimento. Fanno eccezione le promesse e i riconoscimenti rilasciati in base di una liquidazione di conti, o in via di transazione: sono negozi validi anche se privi di forma.

È ammessa l'eccezione, che l'assunzione dell'obbligazione astratta riposò su errore, dolo o violenza: e così pure, che si trattava di un negozio vietato dalla legge, nullo (13). La prova incombe al debitore (14).

SEZIONE III.

Contenuto ed oggetto della obbligazione.

Capitolo I.

Essenza della prestazione obbligatoria.

§ 23. — Contenuto ed oggetto in generale.

I moderni designano il contenuto dell'obbligazione con l'espressione più generale che si potè trovare: « prestazione ».

I Romani specializzano, e parlano di « *dare* », « *facere* », e « *praestare* » (1). Per *dare* essi intendono la trasmissione in proprietà di cose corporee, come anche la costituzione di diritti reali su di esse; « *facere* » comprende i varii atti, che si riferiscono alle cose corporee, per es., la trasmissione del possesso di fondi rustici, la cultura e la lavorazione

---

contratto, col quale vien riconosciuta l'esistenza di un rapporto obbligatorio (riconoscimento di debito), si richiede che venga rilasciata in iscritto la dichiarazione di riconoscimento. Se per la costituzione del rapporto obbligatorio, di cui si riconosce l'esistenza, sia prescritta un'altra forma, il contratto di riconoscimento ha bisogno di questa forma »; § 782: « Se la promessa o il riconoscimento di debito si rilasciano in base ad una liquidazione di conti o in via di transazione, non si richiede l'osservanza della forma scritta stabilita dai §§ 780 e 781 »].

(13) Trib. Imp., vol. V, pag. 124.

(14) Non sempre, segnatamente nella cambiale, possono opporsi queste eccezioni ai t e r z i a c q u i r e n t i d i b u o n a f e d e del credito. Più minuti particolari non possono essere addotti in questo luogo.

(1) L'espressione « *dare, facere, praestare* » si trovava nelle formule delle azioni (Gajus, *Inst.*, IV, § 2) e venne accolta nella definizione dell'obbligazione: fr. 3 pr., D. *de obl. et act.*, 44, 7; cfr. più sopra § 1, nota 3; [fr. cit.: « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum »].

di essi; per « *praestare* » finalmente s'intendevano in particolare i servigi materiali od anche liberali (2). Ma una recisa distinzione tra *facere* e *praestare* non venne però mantenuta. Per conseguenza *facere* significa in senso più lato qualunque fatto, a prescindere dal *dare*.

Di più profondo significato giuridico, è la differenza tra obbligazioni dirette a fare (dette obbligazioni positive), e quelle dirette a non fare (obbligazioni negative) (3).

II. — Come oggetto dell'obbligazione, a seconda del punto di vista da cui si parte, si può riguardare l'atto che si deve compiere, o la persona del debitore, o la sua volontà, o il suo patrimonio, o finalmente ciò che si deve prestare (4). Ma nella vita pratica, saltando a piè pari tutti i termini medii, si considera unicamente come oggetto della obbligazione ciò che deve essere prestato. In questo concordano i giuristi romani. Per loro è l'oggetto promesso *in obligatione* (5). Moderni scrittori vogliono per lo più designare la cosa dovuta come l'oggetto « mediato » dell'obbligazione, la prestazione come l'oggetto « immediato ». Essi medesimi però non si mantengono in ciò fermi nel corso della esposizione. Nel fatto questa terminologia è pesante e non consentita.

III. — Non di rado con un unico negozio il debitore assume

---

(2) Il significato di *praestare* è controverso. Vedi la bibliografia in Hasenöhrl, *Diritto delle obblig. austr.* [Oesterreichisches Obligationenrecht], vol. I, § 161, nota 2. A sostegno della nostra teoria noi adduciamo, che l'espressione *praestare* si trova precipuamente adoperata riguardo alle *operae* del liberto verso il patrono, e che anche la *lex Iulia et Papia*, che trattava anche delle prestazioni del liberto, parlava di « *dare, facere, praestare* »: fr. 37 pr. D. *de operis libertorum*, 38, 1 [« Qui libertinus duos pluresve a se genitos natasve in sua potestate habebit « praeter eum, qui artem ludicram fecerit quive operas suas ut cum bestiis pugnaret « locaverit: ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa « patrono patronae liberisve eorum, de quibus iuraverit vel promiserit obligatusve « erit, dare facere praestare debeto »]. Concorda inoltre con essa il fatto che l'azione del mandato suonava diretta al *dare, facere, praestare*: Gai. Inst. III, § 155; Lenel, *Edictum*, pag. 236; probabilmente anche l'*actio pro socio*, come pure l'*actio communi dividundo*, Lenel, *loc. cit.*, pag. 164.

(3) Rümelin, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXVIII, pag. 166. In particolare non può farsi parola di pagamento del debito nelle obbligazioni negative; il diritto d'agire sorge solo dalla trasgressione; solo da questa perciò ha principio la prescrizione dell'azione: Cod. civ. germ., § 198. [« La prescrizione comincia al sorgere della pretesa. Se la pretesa è diretta ad una omissione, la prescrizione comincia all'atto della trasgressione »].

(4) Cfr. Windscheid, vol. II, § 252, nota 1; Hartmann, *L'obbligazione*, pag. 162. Hartmann vuole che sia messa interamente da parte l'espressione « oggetto dell'obbligazione ». Ma non può però farsi a meno di essa.

(5) I Romani dicono: « *species* » o « *genera in stipulatione deducuntur* » (fr. 54, D. *de verb. obl.*, 45, 1); come pure dicono che una cosa è o resta « *in obligatione* » (fr. 9, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3).

l'obbligo della prestazione di parecchi oggetti. Qui si domanda se nel senso del contratto essi costituiscano una unità; ovvero se trattisi solo di una unione casuale. Nel primo caso sorge una obbligazione soltanto, nel secondo se ne hanno parecchie. Se si è creata un'unica obbligazione, il creditore può respingere la prestazione dei singoli oggetti, potendo pretendere che l'offerta del debitore abbracci l'intero debito. Ma se si tratti di obbligazioni insieme congiunte, egli deve accettare anche i singoli oggetti che gli vengono offerti, malgrado che il debitore sia in arretrato rispetto agli altri contemporaneamente promessi. È decisivo al riguardo il pensiero dei contraenti alla conclusione del contratto. Esso deve essere indagato secondo lo speciale stato delle cose, e secondo l'insieme delle disposizioni del contratto. Sempre però e di regola la somma di oggetti della stessa specie da consegnarsi in un medesimo tempo, designata mediante un solo numero, deve considerarsi come un unico oggetto della obbligazione, trattisi di cose fungibili o non fungibili (6).

IV. — L'oggetto dell'obbligazione può ampliarsi, dar frutti od altri prodotti, modificarsi. Ha il creditore una pretesa a siffatti vantaggi?

Bisogna distinguere le pretese di restituzione e le pretese di prestazione (7).

---

(6) Fr. 29 pr. D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 16, § 1; fr. 75, § 9; fr. 86, fr. 140 pr., § 1, D. *eod.*; WINDSCHEID, § 252, nota 9; DERNBURG, *Diritto privato prussiano* [Preussisches Privatrecht], vol. II, § 24; [fr. 29 pr. cit.: « Scire debemus in « stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae snnt, totque esse stipula- « tiones, quot species sunt. secundum quod evenit, ut mixta una summa vel « specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit « duas esse stipulationes. quamvis autem placuerit tot esse stipulationes, quot « summae. totque esse stipulationes quot res: tamen si pecuniam quis, quae in « conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, « quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios sin- « gulas esse stipulationes absurdum est. stipulationem quoque legatorum constat « unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. sed et familiae vel « omnium servorum stipulatio una est... at si quis illud et illud stipulatus sit, tot « stipulationes sunt, quot corpora »; fr. 16, § 1 cit.: « Stipulatio huiusmodi ' in « annos singulos ' una est et incerta et perpetua, non quemadmodum simile « legatum morte legatarii finiretur »; fr. 75, § 9 cit: « Qui sortem stipulatur « et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur et tot stipulationes « sunt, quot res sunt »; fr. 86 cit.: « Quod dicitur tot stipulationes esse quot « res, ibi locum habet, ubi res exprimuntur stipulatione: ceterum si non fuerint « expressae, una est stipulatio » fr. 140, cit.: « Pluribus rebus praepositis, ita « stipulatio facta est: ' ea omnia, quae supra scripta sunt, dari? ' propius est, « ut tot stipulationes, quot res sint. De hac stipulatione: ' annua bima trima « die id argentum quaqua die dari? ' apud veteres varium fuit. PAULUS: sed « verius et hic tres esse trium summarum stipulationes »].

(7) Vedi nel PETRAŽYCKI, *La teoria del reddito* [Lehre vom Einkommen], II, § 3, più minuti particolari; cfr. fr. 38, D. *de usuris*, 22, 1. [« Videamus gene-

a) Le pretese di restituzione sono diritti alla restituzione di quegli oggetti, che sono di proprietà del creditore, per es., delle cose che si trovano nelle mani del depositario, del mandatario, del tutore, del gestore di negozi; non meno che alla restituzione di ciò che avrebbe dovuto rimanere di sua proprietà, p. es., di quanto sia pervenuto all'altra parte per effetto di violenza, di dolo od altrimenti senza un debito fondamento giuridico.

Siffatte pretese si estendono a tutto ciò che la cosa dovuta ha prodotto presso del debitore, così dunque ai frutti ed agli interessi che egli ha percepito. Sino a qual punto egli debba risarcire i frutti e gli interessi percipiendi, dipende dallo stato delle cose, e particolarmente dalla sua buona o mala fede. Ma in ogni caso, di regola, egli, per tutto ciò che ha ricavato col proprio uso o consumo della cosa che deve restituire, dovrà corrispondere il nolo o gl'interessi correnti, cioè il cosiddetto reddito fittizio (8).

« rali, quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant. Et quidem « si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus « quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur « adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, « omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quo minus nuptiae « contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere : ratio autem haec est, quod, « si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere fundum. « Item si indebitum fundum solvi et repeto, fructus quoque repetere debeo. Idemque « est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita con- « dictio nascatur. In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in « fraudem creditorem alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur : nam « praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset : quod « non est iniquum (nam et verbum ' restituas ', quod in hac re praetor dixit, « plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur. Et ideo cum « restitui praetor vult, veluti in interdicto unde vi, etiam fructus sunt restituendi. « Item si vi metusve causa rem tradam, non aliter mihi restituisse videtur, quam « si fructus mihi restituat : nec mora mea mihi aliquid aufert. Si actionem habeam « ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non con- « sequar, etiamsi mora facta sit : quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus « et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos « putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici. Ex causa etiam emptionis » fructus restituendi sunt. Sed in societatibus fructus communicandi sunt. Si pos- « sessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et « quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus. « In interdicto quoque quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus « restituantur. Ante matrimonium quoque fructus percepti dotis fiunt et cum ea « restituuntur. Eadem ratio est in fructibus praediorum urbanorum. Item si divi- « dere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant post « deductionem impensarum ? et puto dividendos. In ceteris quoque bonae fidei « iudiciis fructus omnimodo praestantur. Si dos praelegata fuerit, ante nuptias « percepti fructus in causa legati veniunt »].

(8) Una profonda trattazione nel PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, II, §§ 6, 13. Cfr. segnatamente fr. 19, D. *de usuris*, 22, 1; fr. 9, § 1, D. *de don.*, 39, 5; fr. 64, D.

b) Le pretese di prestazione tendono a procurare all'avente diritto ciò che finora non gli apparteneva. Qui il creditore ottiene di regola un diritto ai frutti ed interessi della cosa dovuta, solo dopo la mora del debitore, o dopo avvenimenti ad essa equiparati. Il compratore però sin dal momento della perfezione del contratto, come sopporta il rischio, così ha diritto ai vantaggi della cosa comprata, e in particolare ai frutti di essa. In conformità di ciò i Romani pongono il principio generale « *cuius periculum, eius est commodum* » (9). Ma esso non contiene una verità generale (10).

V. — In tutte le obbligazioni il risarcimento in danaro è l'oggetto eventuale della obbligazione (11). Esso dev'essere sempre accordato

---

de R. V., 6, 1 [fr. 19, cit. : « Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus « quoque condemnatur possessor. quid enim si argentum aut vestimentum aliamve « similes rem, quid praeterea si usum fructum aut nudam proprietatem, cum alienus « usus fructus sit, petierit? neque enim nudae proprietatis, quod ad proprietatis « nomen attinet, fructus ullus intellegi potest, neque usus fructus rursus fructus « eleganter computabitur. quid igitur, si nuda proprietas petita sit? ex quo per- « diderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus. Item si « usus fructus petitus sit, Proculus ait in fructus perceptos condemnari. prae- « terea Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec « numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit. Iter quoque « et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis « commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo « tempore quo petisset ire agere non prohiberetur: quod admittendum est ». fr. 9, cit. : « Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non com- « putatur: si vero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem, fructus « percepti venient in computationem donationis ». fr. 64, cit. : « Cum in rem « agitur, eorum quoque nomine, quae usui non fructui sunt, restitui fructus « certum est »].

(9) § 3, I. *de empt. et vend.*, 3, 23: « ... commodum eius esse debet, cuius « periculum est »; fr. 10, D. *de R. I.*, 50, 17; PAULUS, libro 3, *ad Sabinum*: « Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur « incommoda ». Un gran numero di singole decisioni che han relazione a questa regola, sono riferite da F. MOMMSEN, *Dissertazioni* [Erörterungen], fascic. I, pag. 1. Cfr. IHERING, *Monografie* [Abhandlungen], pag. 1 sgg.; WINDSCHEID, vol. II, § 327, nota 9, PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, vol. II, § 3 in fine.

(10) È esatta la regola che ha sviluppato il MOMMSEN, *loc. cit.*: « Quando il medesimo evento da una parte cagioni la totale o parziale impossibilità della prestazione dovuta, e dall'altra rechi un *commodum*, la pretesa a tale *commodum* compete a colui che in vista di esso sopporta il rischio ». Nondimeno la regola ha un campo di applicazione più ampio.

(11) Fr. 68; fr. 112, § 1, D. *de verb. obl.*, 45, 1 [fr. 68 cit. : « Si poenam « stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. « quod si ita stipulatus fuero : 'pecuniam te mihi crediturum spondes?' incerta est « stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest »; fr. 112, § 1 cit. : « Si quis ita stipulatus fuerit: 'pro centum aureis satis dabis?' et reum dederit « in istam summam: Proculus ait semper in satisdationis stipulatione venire, quod

al creditore, se la cosa dovuta non gli viene prestata, e se tale prestazione non si possa affatto, o convenevolmente ottenere (12).

§ 24. — **Obbligazioni divisibili ed indivisibili** (1).

Le obbligazioni sono divisibili, quando la loro divisione è possibile senza pregiudizio della loro essenza e del loro valore. Altrimenti sono indivisibili.

In questa classificazione non si suppone già, che al creditore di un credito divisibile si possa senz'altro offrire forzatamente un pagamento in parti. Ciò sarebbe ammissibile solo quando fosse stato particolarmente convenuto. La divisibilità viene in considerazione in altri rapporti. Anzitutto nel diritto di eredità. Così secondo un'antichissima massima giuridica romana i crediti e i debiti del testatore, che lasciava alla sua morte parecchi eredi, venivano divisi tra i coeredi. Ma ciò valeva naturalmente solo per le obbbligazioni divisibili, non per le indivisibili.

Nella questione della divisibilità delle obbligazioni, i Romani distinguono se si tratti di « *dare* », « *facere* », ovvero « *non facere* ».

1. Le obbligazioni di « *dare* » sono di regola divisibili (2). Ciò

« interesset stipulantis, ut alias tota sors inesset, veluti si idoneus promissor non « sit, alias minus, si in aliquid idoneus esset debitor, alias nihil, si tam locuples « esset, ut nostra non intersit satis ab eo accipere: nisi quod plerumque idonei « non tam patrimonio quam fide quoque aestimarentur »].

(12) Cfr. vol. I, § 133.

(1) L'opera principale è di UBBELOHDE, *La teoria delle obbligazioni indivisibili* [Die Lehre von den untheilbaren Obligationen], 1862. Ivi trovasi la letteratura precedente, pag. XXIII; cfr. oltracciò STEINLECHNER, *Iuris communio*, vol. I, §§ 19 e 20; RÜMELIN, *La divisione dei diritti* [Die Theilung der Rechte], §§ 19 sgg. e negli *Ann. di* IHERING, vol. XXVIII, pag. 434; SCHEURL, *Divisibilità* [Theilbarkeit], pag. 81, e gli scrittori citati nel WINDSCHEID, vol. II, § 253; inoltre ALF. TERRANA, *Studio sulle obbligazioni divisibili ed indivisibili*, 1891.

(2) Fr. 2 pr., § 1, D. *de verb. obl.*, 45, 1. PAULUS, libro 12, *ad Sabinum*: « Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. Et harum « omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipu« lamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, « veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem « natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum » hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichi pars « soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim « repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. eiusdem condicionis est « haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari? ». Cfr. ancora l'esposizione contenuta nei ffr. 2, §§ 2 sgg., 3, 4, 54, 72, 85, D. *de verb. obl.*, 45, 1 [fr. 2, §§ citt.: « Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, « quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio « obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via,

si verifica di preferenza, quando esse hanno per oggetto delle quantità, per es., una somma di danaro, ovvero dieci cavalli della stessa specie. La divisione ha luogo qui secondo il numero, — *numero.*

Anche le obbligazioni di *dare* che riguardano una cosa specifica si considerano come divisibili, e propriamente in parti ideali, — *partibus* —. Francamente ciò non è esente da difficoltà. Infatti la metà ideale,

---

« heredes promissoris singuli in solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus « solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae iudicio. « Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes « singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extingui stipula- « tionem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit « inutilem stipulationem difficultas praestationis. Si tamen hominem stipulatus cum « uno ex heredibus promissoris egero, pars dumtaxat ceterorum obligationi super- « erit, ut et solvi potest. idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit. « Idemque est in ipso promissore et fideiussoribus eius, quod diximus in heredibus. « Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: ' per te non fieri « neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat '? et unus ex plu- « ribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae « erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. hoc et Iulianus et Pom- « ponius probant. Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi « heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse « dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui pro- « hibitus est. nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed « qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena « nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur « stipulatio »; fr. 3 cit.: « Idem iuris est et in illa stipulatione: ' mihi heredique « meo habere licere? ' Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus « ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil « interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus com- « mittatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. enimvero ubi unus ex here- « dibus non prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine « prohiberi »; fr. 4 cit.: « Eadem dicemus et si dolum abesse a te heredeque tuo « stipulatus sim et aut promissor aut stipulator pluribus heredibus relictis deces- « serit. Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid « aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam « cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione « hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo « cautum est, individuum sit, veluti ' iter fieri ', quia quod in partes dividi non « potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, « quod divisionem recipiat, veluti ' amplius non agi ', tum eum heredem, qui « adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. differentiae hanc « esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in « solidum peccari non poterit, illam stipulationem ' per te non fieri ', quo minus « mihi ' ire agere liceat? ' sed videamus, ne non item hic sit, sed magis item, « quod in illa stipulatione ' Titium heredemque eius ratum habiturum ': nam hac « stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo « fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum « habere non potest. Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus here- « dibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit

per es., di un cavallo non ha la metà del valore, nè è per metà così servibile come l'intero cavallo. E se un erede del debitore sia pronto a rilasciare la metà ideale dell'oggetto dovuto, ma l'altro erede si sottragga all'adempimento, e sia condannato al valore pecuniario del suo debito parziale, quale sarà allora la condizione del creditore? Ma a questi dubbi non si badò.

« actionem. idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti et ex « operis novi nuntiatione: restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro « parte non potest. haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt: ipsi « autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest »; fr. 54 cit.: « In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. cum species « stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, « ut partes corporum cuique debebuntur. quotiens autem genera stipulamur, « numero fit inter eos divisio: veluti cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus « duos heredes aequis partibus reliquit, necesse est utrique partem dimidiam Stichi « et Pamphili deberi: si idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines « heredibus eius deberentur. Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, « in quibus genera comprehenduntur: et ideo divisio eius stipulationis non in « partes operarum, sed in numerum cedit. quod si unam operam servus communis « stipulatus fuerit, necesse est utrique dominorum partem operae tantam, quantam « in servo habuerit, petere. solutio autem eius obligationis expeditissima est, si « aestimationem operae malit libertus offerre aut si consentiant patroni, ut is « communiter operae petantur ». Sul fr. 72 vedi nota seguente; fr. 85 cit.: « In exsecutione obligationis sciendum est quattuor causas esse: nam interdum « est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus: aliud, quod « totum peti necesse est nec divisum praestari potest: aliud quod pro parte petitur, « sed solvi nisi totum non potest: aliud, quod solidum petendum est, licet in « solutionem admittat secutionem. Prima species pertinet ad promissorem pecuniae « certae: nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectant. Secunda « ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, « quia operis effectus in partes scindi non potest. Quod si stipulatus fuero: 'per « te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, « tantum dari?' et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior « est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno « prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio « sarcient damnum. Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest, « veluti cum stipulatus sum hominen incertum: nam petitio eius scinditur, solvi « vero nisi solidus non potest. alioquin in diversis hominibus recte partes sol- « ventur: quod non potuit defunctus facere, nec quod stipulatus sum consequar. « idem iuris est, et si quis decem milia aut hominem promiserit. In solidum vero « agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis inten- « dimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent « subsistere et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte « hereditaria praestatio iniungitur. Item si ita stipulatio facta sit: 'si fundus « Titianus datus non erit, centum dari?', nisi totus detur, poena committitur « centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest « ad pignus liberandum partem creditori solvere. Quicumque sub condicione obli- « gatus curaverit, ne condicio exsisteret, nihilo minus obligatur »].

All'incontro si riconobbe la indivisibilità di una obbligazione diretta ad una cosa determinata genericamente. Poichè, se era, per es., dovuto un buon cavallo da lavoro, e uno degli eredi del debitore, in conseguenza della consentita divisibilità dell'obbligazione, avesse potuto consegnare la metà ideale di un cavallo, e invece il suo coerede l'ideale metà d'altro cavallo, ciò sarebbe stato uno scherno per il creditore! Egli, malgrado della piena prestazione dei due eredi, non avrebbe avuto ciò a cui aveva diritto, e cioè un cavallo.

Sono inoltre necessariamente indivisibili le obbligazioni dirette alla costituzione di servitù prediali. Una parziale costituzione di esse è difatti impossibile, e non attribuisce neanche un diritto parziale.

2. Le obbligazioni di « *facere* » o « *non facere* » sono di regola indivisibili. Però neanche ciò è senza eccezioni. La questione è sempre la stessa: la divisione è possibile senza pregiudizio dell'essenza e del valore dell'obbligazione?

Indivisibili sono segnatamente le obbligazioni dirette alla produzione di una cosa, per es., la costruzione di una casa.

Ma anche l'obbligazione della consegna di un determinato fondo rustico vien dichiarata indivisibile (3); conseguentemente lo stesso principio deve valere per la tradizione di qualunque *species*, ed in particolare anche di una cosa mobile. Non può negarsi l'intima contraddizione tra questa decisione, ed il riconoscimento della divisibilità delle obbligazioni di *dare* riguardanti una *species*. Ma non è essa in sè una sana decisione? Chi conceda ciò, e scorga in essa il principio più

---

(3) Fr. 72, D., *de verborum obbligationibus*, 45, 1, ULPIANUS, libro 20, *ad edictum*: « Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non reci- « piunt, veluti viae itineris actus aquaeductus ceterarumque servitutium. idem « puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel « fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum « enim divisio corrumpit stipulationem ». Disperata pena si son data da lungo tempo gl'interpreti, per eliminare il passo « fundum tradi ». Certo deve ammettersi che esso non sta in armonia col dogma dominante della divisibilità delle obbligazioni di *dare* di una *species*, riconosciuto anche da ULPIANO, per esempio nel fr. 9, § 1, D., *de solutionibus*, 46, 3. [« Qui decem debet, partem solvendo « in parte obbligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent: « item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. qui autem « hominem debet, partem Stichi dando nihilo minus hominem debere non desinit: « denique homo adhuc ab eo peti potest. sed si debitor reliquam partem Stichi « solverit vel per actorem steterit, quo minus accipiat, liberatur »]. Ma era forse tale dogma così razionale ed esente da obiezioni, da dover ritenere che Ulpiano assolutamente sia stato precipitoso nella sua analogia riguardo alle obbligazioni di *facere*? A UBBELOHDE, *l. c.*, lampeggia l'idea di leggere *fundum* « *radi* » invece di *tradi* (pag. 40, nota 7); nondimeno egli ben a ragione non la segue; cfr. invero BRINZ, *Pandette*, vol. II, pag. 66, nota 7.

recente e più razionale, sarà francamente spinto, per il diritto moderno, a riguardare generalmente come indivisibili le obbligazioni dirette alla prestazione di una *species*.

Obbligazioni divisibili di « *facere* » sono, per es., quelle di piantare 100 alberi di pomi, o di trasportare 100 carri di concime.

Riguardo al giuridico trattamento delle obbligazioni indivisibili valgono i seguenti principii:

a) Ognuno di parecchi creditori ha diritto di domandare e di agire in giudizio, per l'intera prestazione. Ma bisogna distinguere, se la prestazione eseguita verso l'attore avvantaggia immediatamente tutti i creditori (com'è il caso, per es., della riparazione di una casa comune, cui il debitore è tenuto), oppure no. In quest'ultimo caso il debitore è autorizzato, e rispetto agli altri creditori è obbligato, a domandare all'attore una garanzia, che di ciò che a lui viene prestato sarà fatta parte a tutti gli aventi diritto (4).

Se la prestazione in natura dell'oggetto dovuto non viene eseguita, ed il debitore subisce perciò una condanna in danaro, l'attore riceverà solo quella parte della *litis aestimatio* corrispondente alla sua quota ereditaria, o ad altro suo rapporto di compartecipazione, perchè il suo interesse non giunge più oltre (5).

---

(4) Cfr. Ubbelohde, *l. c.*, pag. 233. I giuristi romani sono pienamente concordi riguardo al procedimento: cfr. fr. 1, § 36, fr. 14 pr., D. *depositi*, 16, 3, fr. 81, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3 [fr. 1, § 36 cit.: « Si pecunia in sacculo signato « deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemad« modum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram praetore vel « intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria: ... sed « si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea « a petitore ei praestanda in hoc, quod supra eius partem est: satisdatione autem « non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari »; fr. 14 pr. cit.: « Si plures heredes exstierint ei qui deposuerit, dicitur, si maior « pars adierit, restituendam rem praesentibus: maiorem autem partem non ex « numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariam intel« legendam: cautela idonea reddenda »; fr. 81, § 1 cit.: « Si lancem deposuerit « apud me Titius et pluribus heredibus relictis decesserit: si pars heredum me « interpellet, optimum quidem esse, si praetor aditus iussisset me parti heredum « eam lancem tradere, quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri. sed « et si sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor aut (quod verius est) « non incidam in obligationem. optimum autem est id per magistratum facere »].

(5) Fr. 25, § 9, D., *fam. ercisc.*, 10, 2, Paulus, libro 23, *ad edictum*..... « omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte « hereditaria condemnationem fieri oportet », cfr. fr. 4, § 3, D., *si serv. vind.*, 8, 5 e fr. 54, § 1, D., *de verb. obl.*, 45, 1 [fr. 4, § 3 cit.: « Si fundus, cui « iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pom« ponius... scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod « eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur

Più opportune sono le norme dettate dal Codice civile (6). Per esso il debitore può prestare soltanto congiuntamente a tutti i creditori, ed ogni creditore può reclamare la prestazione soltanto per tutti. Ogni creditore può richiedere, che il debitore depositi la cosa dovuta per conto di tutti i creditori, o, se quella non sia atta al deposito, la consegni ad un custode da nominarsi giudizialmente.

b) Il creditore è autorizzato, di fronte ad ognuno di più debitori, di una obbligazione indivisibile, a domandare ed agire in giudizio per l'intero oggetto dovuto. Si ha dunque il caso di una obbligazione solidale.

Le norme del Codice civile concordano in ciò (7).

Ma è assai controverso, se, quando pel mancato adempimento dell'obbligazione si viene ad una condanna in danaro, cioè alla *litis aestimatio*, debba subentrare una divisione tra i vari eredi del debitore. La questione va risoluta affermativamente (8).

« et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, « quamvis per unum adquiri servitus non possit ». Fr. 54, § 1 cit.: « Operarum « stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur: « et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit. « quod si unam operam servus communis stipulatus fuerit, necesse est utrique « dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere. solutio « autem eius obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus « offerre aut si consentiant patroni, ut is communiter operae edantur »].

(6) Cod. civ. germ., § 432.

(7) Cod. civ., § 431.

(8) I giuristi romani prendevano le mosse originariamente da ciò, che ognuno dei debitori, che deve l'intero, possa essere anche costretto a prestare la intera *aestimatio* in danaro, nel caso del mancato adempimento dell'obbligazione. Da ciò potevano però derivare gravi ingiustizie. Suppongasi ad esempio un coerede investito di una piccola quota ereditaria, il quale, lungo tempo dopo che l'eredità sia stata divisa, venga egli solo costretto alla intera *litis aestimatio* di una grande fabbrica intrapresa dal testatore. A simili possibili pericoli Paolo cercò di ovviare, per mezzo di *cautiones* da interporsi dai coeredi nel *iudicium familiae erciscundae* (fr. 25, § 10, D., *famil. ercisc.*), ed a prescindere da ciò diede anche al coerede, che aveva sborsato l'intera *litis aestimatio* di una prestazione indivisibile, il regresso con l'*actio familiae erciscundae* contro gli altri coeredi liberati per effetto del suo pagamento: fr. 2, § 2, D., *de verb. obl.*, 45, 1 [Fr. 25, § 10 cit.: « Contra « si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui « fundum non habet. igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cau- « tiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem prae- « stiterit, id pro parte a ceteris consequatur »; fr. 2 cit., riportato più sopra nota 2]. Ma simili pretese di regresso contro coeredi, divenuti forse da lungo tempo morosi od insolventi, non potevano esser sufficienti. Un'altra teoria perciò si fece valere, che si decise per la divisione della *litis aestimatio*, come di un debito divisibile, tra i coeredi: fr. 72 pr., D., *de verb. obl.*, 45, 1, ULPIANUS, libro 20, *ad edictum*....

« Celsus, libro 38, refert: Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non « fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere « dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestima- « tione facti dandam esse petitionem ». A nostro avviso questo luogo merita la preferenza nel diritto giustinianeo, anzitutto perchè offre un risultato più equo, e poi perchè decide direttamente la questione, mentre gli altri testi presuppongono bensì la condanna del coerede convenuto nell'intera *litis aestimatio*, ma non la stabiliscono punto direttamente. Dal punto di vista del diritto giustinianeo tali testi si possono assai bene riferire a casi, in cui il singolo coerede, per troncare l'azione contro i suoi coeredi, si addossa volontariamente l' intera *litis aestimatio*. Che del resto la tendenza del diritto romano portasse alla divisione della *litis aestimatio* vien dimostrato dai ffr. 11, § 3, 6, § 1, D., *de aqua*, 39, 3 [fr. 11, § 3 cit.: « Officium autem iudicis inter duos accepti quale futurum sit, dubitare se « Iulianus ait, si forte unius fundus fuerit cui aqua noceat, si vero in quo opus « factum sit, plurium et cum uno eorum agatur: utrum et eius damni nomine, « quod post litem contestatam datum sit, et operis non restituti in solidum con- « demnatio fieri debeat, quemadmodum, cum servi communis nomine noxali « iudicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam quod praestiterit, « potest a socio recipere? an vero is cum quo agitur pro parte sua et damni « dati et operis non restituti nomine damnandus sit, ut in actione damni infecti « fiat, cum eius praedii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint et cum « uno eorum agatur? licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit « et ipsae aedes solumque earum non potest pro parte dumtaxat damnum dare, « nihilo minus eum cum quo agitur pro sua parte condemnari. magisque exi- « stimat id servandum in aquae pluviae arcendae actione, quod in actione damni « infecti quia utrubique non de praeterito sed de futuro damno agitur ». Fr. 6, § 1 cit.: « Si ex plurium fundo decurrens aqua noceat vel si plurium fundo noceatur, « placuit eoque iure utimur, ut, sive plurium fundus sit, singuli in partem expe- « riantur et condemnatio in partem fiat, sive cum pluribus agatur, singuli in « partem conveniantur et in partem fiat condemnatio »]. — I moderni cercano per lo più di toglier di mezzo il *fr. 72*. Il Savigny, *Dr. Obbl.*, vol. I, pag. 358 sgg., ritiene che Celso abbia riferito l'opinione di Tuberone solo come una « curiosità letteraria », come una « rimarchevole singolarità quasi scomparsa ». Ubbelohde, *l. c.*, pag. 90, ammette che i giuristi nel fr. 72 abbiano avuto sott'occhio un caso affatto particolare, e propriamente quello in cui l'obbligazione, già durante la vita del testatore, sia divenuta impossibile per colpa di lui: e nondimeno il passo in parola non contiene verun accenno di ciò. Tuttavia il Windscheid, vol. II, § 299, nota 7, ritiene del pari pienamente accettabile tale spiegazione. Il Vangerow, infine, vol. III, § 567, nota 2, distingue tra obbligazioni di *dare* ed obbligazioni di *facere*. Per la divisione della *litis aestimatio* è preponderante l'opinione dei più antichi scrittori di diritto comune; essa viene considerata come « dominante ». Conforme alla nostra teoria il Terrana, *l. c.*, pag. 77. Cfr. anche le indicazioni bibliografiche ivi.

Capitolo II.

Varie categorie degli oggetti delle obbligazioni.

§ 25. — Debito di *species* e debito di *genus*.

L'obbligazione o fissa individualmente il suo oggetto (debito di *species*), ovvero designandolo in genere e specie (debito di *genus*) (1).

Oggetto del debito di specie è un *individuum*. Soltanto questo deve e può esser prestato. Perciò l'obbligazione si estingue, se esso perisce per caso fortuito; con altre parole: nel debito di specie il creditore sopporta il rischio (2).

Debiti di genere sono di regola i debiti di cose fungibili, ma non però necessariamente. Anzi, cose non fungibili possono essere stipulate genericamente, p. es. un numero di cavalli di una certa specie. D'altra parte, ciò che in sè contiene la fungibilità può essere promesso specificamente (3).

L'obbligazione generica delimita la cerchia, entro la quale deve eseguirsi la prestazione. Ma l'oggetto dell'obbligazione e quello dell'adempimento non sono identici. Come oggetto dell'obbligazione vale il genere, quello dell'adempimento è un determinato *individuum*. Perciò il debitore del genere può offrire al creditore anche un oggetto, che al tempo della conclusione del contratto apparteneva a costui, e che dipoi cessò di essere di sua proprietà. A ciò non osta il principio che non si possa validamente stipulare la cosa própria. Chi, per es., abbia comprato in genere un cavallo da un commerciante di cavalli, e di poi abbia venduto ad un terzo il suo cavallo, che egli possedeva al tempo della conclusione del contratto, egli non potrebbe rimandare indietro questo medesimo cavallo, se giunto nelle mani del commerciante, costui l'offrisse per l'adempimento, purchè solo appartenesse

---

(1) Fr. 54 pr., *de verb. obl.*, 45, 1 [« In stipulationibus alias species, alias « genera deducuntur. Cum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter « heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur. quotiens « autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio: veluti cum Stichum et « Pamphilum quis stipulatus duos heredes aequis partibus reliquit, necesse est « utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi: si idem duos homines « stipulatus fuisset, singuli homines heredibus eius deberentur »].

(2) Da ciò la massima « genus perit ei cui debetur », a cui poi si aggiunge l'altra « genus perire non censetur ».

(3) Cfr. vol. I, § 75. Berndorff, *L'obbligazione generica* [Die Gattungsschuld], 1900.

alla specie stipulata. Infatti non venne venduto quel cavallo allora offerto, ma bensì « un » cavallo (4).

Nel limite del genere e della specie convenuta può esser prestata anche l'infima qualità (5), non però un oggetto difettoso (6).

Il caso fortuito, che colpisca la cosa che si pensava di consegnare, non libera il debitore di un debito di genere (7). Ciò anche nel caso, che fossero andati in rovina i magazzini o le fabbriche di un commerciante o fabbricante, dai quali questi voleva prendere le merci promesse; sal-

---

(4) Così MARCELLO nei ffr. 67 e 72, § 4, D., *de solutionibus*, 46, 3 [fr. 67 cit.: « Si quis duos homines promiserit et Stichum solverit, poterit eiusdem Stichi « dominium postea consecutus dando liberari. in nummis minor vel prope nulla « dubitatio est: nam et apud Alfenum Servius eum, qui minus a debitore suo « accipere et liberare eum vellet, respondit posse saepius aliquos nummos acci- « piendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere: veluti, si centum « debitorem decem acceptis liberare creditor velit, ut, cum decem acceperit, eadem « ei retro reddat, mox ab eo accipiat ac novissime retineat: etsi in dubitationem « a quibusdam hoc male deducatur, quod non possit videri is qui ita accepit, ut « ei a quo accepit retro reddat, solvisse potius quam decessisse ». Fr. 72, § 4 cit.: « Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: nec si « meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim « videtur in Pamphilo hominem constitisse nec obbligatio nec solutio. sed ei, qui « hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc stipulatoris servi « erant, dando promissor liberatur: vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus « est. qui eius non erant. fingamus ita stipulatum: ' hominem ex his, quos « Sempronius reliquit, dare spondes ? ' cum tres Sempronius reliquisset, eorumque « aliquem stipulatoris fuisse: num mortuis duobus. qui alterius erant, supererit « ulla obligatio, videamus. et magis est deficere stipulationem, nisi ante mortem « duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris »]. Diversamente invero PAPINIANO, libro 17. *quaestionum*, fr. 66, § 3, D., *de leg. II*, « Non idem respon- « detur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente « altero legatarii factus est quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem « solvi non poterit: eademque ratio stipulationis est. hominis enim legatum ora- « tionis compendio singulos homines continet utque ab initio non consistit in his « qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cuius dominium postea legatarius « adeptus est, tametsi dominus esse desinit ». La teoria di Marcello è da prefe- rirsi: quella di Papiniano è meno naturale.

(5) Fr. 72, § 5, D., *de sol.*, 46, 3 [«... num ergo et si vispellionem aut alias « turpem dederit hominem, idem sit? et sane datum negare non possumus et « differt haec species a prioribus: habet enim servum qui ei auferri non possit »]. Secondo il Cod. civ. germ., § 243, il debitore deve prestare una cosa di media qualità e bontà. Sulla clausola « tel quel » cfr. Trib. Imp., vol. XIX, pag. 30 e STRODTMANN nella *Riv. di Goldschmidt*, vol. XXXVIII, pag. 253.

(6) Intorno ai rimedi giuridici edilizi nella vendita di cosa generica, vedi più sotto § 101, num. 3.

(7) È questo anche il senso del § 279 del Cod. civ. germ. [« Se l'oggetto dovuto « è determinato soltanto secondo il genere, il debitore, finchè sia possibile la « prestazione del genere, deve rispondere della sua impotenza ad effettuare la « prestazione, anche allora quando non stia a suo carico alcuna colpa »].

vochè egli non avesse semplicemente promesso la consegna di oggetti, che si trovassero presso di sè, o di merci da lui prodotte. Infatti malgrado di quel sinistro, egli può provvedersi altrove, ed adempiere il suo debito.

Francamente, se la specie stipulata si estingue, anche il debitore di genere viene liberato dal suo debito, per l'impossibilità della prestazione. Ma tali casi sono rari (8).

Il debitore di un debito di genere si sottrae al rischio, quando egli adempie secondo il contratto (9), per es. quando egli spedisce al compratore, dal luogo dell'adempimento, la merce venduta, ovvero quando egli invano offra l'adempimento, ponendo così il creditore in mora (10).

Non un debito di genere, ma un caso particolare del debito di specie, è la promessa di una parte da prendersi da una massa, o di un capo da una quantità, la quale si indica o per mezzo del luogo in cui trovasi, o per l'appartenenza ad una eredità, o per via di simili contrassegni (11). Infatti il concetto del *genus* riposa sull'intrinseca natura delle merci, e non già su tali rapporti comuni degli oggetti, di carattere casuale e transitorio. Anche per i debiti di tal sorta valgono altri principii giuridici, che per le obbligazioni generiche. Il debitore risponde qui per la colpa, per es. per la custodia, il che non si verifica nell'obbligazione generica. Pel perimento fortuito dell'intera massa il debitore vien liberato.

---

(8) L'intera categoria perisce, ad esempio, quando trattisi di azioni di una società e questa si sciolga, o di titoli di debito dello Stato riferentisi ad un prestito che venne rimborsato.

(9) Il Cod. civ. germ., § 243, capoverso 2°, esprime ciò nel seguente modo: « Se il debitore ha fatto quanto da sua parte richiedevasi alla prestazione di una « tal cosa, il rapporto obbligatorio resta circoscritto a questa cosa ».

(10) Cfr. più sotto § 43. — Se il creditore e il debitore convengono che debba esser prestata una cosa determinata, il debito di genere si trasforma in un debito di specie. Se il debitore unilateralmente dichiara di voler prestare una cosa certa, il debito non si trasforma, finchè il creditore non accetti tale dichiarazione.

(11) Molti considerano siffatti rapporti come obbligazioni generiche. Così particolarmente il Windscheid, vol. II, § 255, num. 2, il quale considera in generale come debito di genere l'obbligazione di dare una cosa determinata solo « secondo dati contrassegni ». Secondo questa definizione anche la vendita di quella tra le mie vacche, che ha una macchia bianca sul collo, sarebbe vendita di genere. Contro di lui cfr. segnatamente il Brinz, vol. II, § 100, il quale nella nota 6 reca la bibliografia. Nella settima edizione il Windscheid aggiunge: « che non siano contrassegni d'individuazione ».

§ 26. — Danaro e debiti di danaro (1).

1. Ciò che in generale si adopera per la stima degli oggetti patrimoniali, e come equivalente di questi, costituisce il danaro. Scopo del danaro è di esser mezzo di scambio.

Questo potere esso ottiene in prima linea dalla stima del commercio. Ma anche lo Stato interviene aiutando ed imperando (2). Esso prescrive, che certi oggetti debbano aversi come danaro, e come tale

---

(1) Sui debiti di danaro cfr. a preferenza PFEIFFER, *Esposizioni pratiche* [Praktische Ausführungen], vol. I, n. 7; SAVIGNY, *Dr. Obbl.*, vol. I, pag. 403 sgg.; HARTMANN, *Sul concetto giuridico del danaro* [Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes], 1868, e lo stesso nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LXV, n. 6 « *Debiti di danaro internazionali* » [Internationale Geldschulden]; GOLDSCHMIDT, *Diritto commerciale* [Handelsrecht], 1ª ediz., vol. I, parte II, pag. 1061. Ivi si trovano le notizie bibliografiche. Interessanti dimostrazioni storico-dommatiche ci dà inoltre il HARTMANN, *loc. cit.*, pag. 117 sgg. Dei tempi recenti vanno menzionati HASNER, *Per la teoria del denaro* [Zur Lehre vom Gelde], nella *Riv. di* GRÜNHUT, vol. VII, n. 1 e BEKKER, *Sui giudizi vertenti sui cuponi* [Ueber die Couponsprozesse], 1881; BEKKER, *Pandette*, vol. I, § 75; SCHEY, *Rapporti obbligatori* [Obligationsverhältnisse], vol. I, pag. 108; REGELSBERGER, *Pandette*, vol. I, §§ 104-106; LEIDLER, *Le oscillazioni del valore del danaro e la teoria giuridica del contenuto dei debiti di danaro* [Die Schwankungen des Geldwerthes und die juristische Lehre von dem Inhalte der Geldschulden], nella *Rivista del* CONRAD, vol. LXII, n. 7.

(2) Della moneta dello Stato trovasi menzione soltanto nell'assai ammirata discussione di PAOLO, libro 33, *ad edictum*, fr. 1 pr. D. *De contrahenda emptione*, 18, 1: « Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita « erat nummus neque aliud merx, aliud praetium vocabatur, sed unusquisque « secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando « plerumque evenit ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec « facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem « quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio « difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia « forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam « ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum praetium vocatur ». Per la storia del sistema monetario romano cfr. GAJUS, *Inst.*, I, § 122 e particolarmente MOMMSEN, *Storia del sistema monetario romano* [Geschichte des römischen Münzwesens], 1860. [GAJUS, § 122 cit: « Ideo autem aes et libra adhibetur, quia « olim aereis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semisses, qua- « drantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII « tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in « numero erat, sed in pondere; namque veluti asses librales erant, et dupondii « duarum librarum unde etiam dupondius dictus est quasi duo pondo: quod nomen « adhuc in usu retinetur. semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione « ad pondus examinati erant. Quamobrem qui dabat olim pecuniam non nume- « rabat eam, sed appendebat. unde servi quibus permittitur administratio pecuniae « dispensatores appellati sunt et ad hunc diem dicuntur »].

accettarsi in pagamento (3). Esso crea con ciò il danaro in senso più ristretto, la moneta di Stato o la valuta. E francamente raggiunge appieno ed interamente i suoi scopi, soltanto quando la stima da esso data concorda almeno in generale con la pubblica opinione. Allora il commercio di buon grado si conforma alle particolari norme regolatrici, e riconosce un beneficio nello stabile ordinamento del sistema monetario, dato dallo Stato. Ma se la determinazione dello Stato è in aspro contrapposto con la stima della vita, sorgono allora delle non floride condizioni di cose. Infatti l'impero dello Stato può solo sino ad un certo punto riuscire ad ottenere il corso dei valori; il commercio tenuto a vile dallo Stato ricerca quindi, finchè è possibile, le sue proprie vie non regolate.

2. Servono di preferenza come danaro pezzi di metallo nobile. Questi si adattano a ciò per l'altezza e la relativa stabilità del loro valore, per la loro durata, facile trasportabilità e divisibilità.

Prima esisteva in Germania la valuta in argento. Dal marco di Colonia, più tardi dalla libbra di argento dell'Unione doganale, si coniarono secondo una certa proporzione (piede monetario) talleri e fiorini. Attualmente l'Impero tedesco ha la valuta in oro (4). Da una libbra d'oro vien coniato un determinato numero di corone, o pezzi da 10 marchi, come pure doppie corone e mezze corone. Però la valuta in oro non è in tutto e per tutto adoperata. Infatti i talleri ancora esistenti valgono ugualmente 3 marchi, e devono accettarsi in questo valore come danaro, nei debiti di qualunque ammontare. Essi però non vengono più coniati.

Per determinate somme più piccole devono essere accettate in pagamento le monete di argento dell'Impero, di rame e di nickel (5). Siffatte monete si dicono monete spicciole. Esse sono danaro del piccolo commercio.

---

(3) Hartmann, *loc. cit.*, determina il concetto del danaro nel senso, addirittura, che esso sia costituito da quelle cose fungibili che sono giuridicamente riconosciute come l'ultimo eventuale mezzo di pagamento forzato delle obbligazioni. — Non deve nel fatto porsi in dubbio, che in ciò sta la più importante proprietà specificamente giuridica della moneta dello Stato.

(4) Cfr. le leggi imperiali del 4 dicembre 1871, riguardanti la coniazione delle monete d'oro dell' Impero, e la legge monetaria del 9 luglio 1873. Quest'ultima entrò in vigore il 1° gennaio 1876. Vedi il mio *Diritto privato Prussiano* [Preussisches Privatrecht], vol. II, § 31.

(5) I privati non sono obbligati ad accettare in pagamento le monete d'argento dell'Impero per un ammontare maggiore di 20 marchi, e le monete di nickel e di rame per un ammontare maggiore di un marco; le casse imperiali e territoriali vi sono però tenute. Legge monetaria del 9 luglio 1873, art. 9. I talleri non sono « monete d'argento dell'Impero ».

3. Di regola un debito di danaro da adempirsi nell'interno dello Stato deve essere pagato in valuta interna. Ciò vale persino per i debiti contratti all'estero in valuta estera, e che devono esser pagati all'interno, talchè debbono essere ridotti in moneta interna, secondo il corso del luogo ed il tempo del pagamento (6).

Ordinariamente non si fa distinzione, nei pagamenti, tra le diverse specie di moneta interna. Chi dunque ha promesso 100 corone, può pagarle anche in talleri, e viceversa (7).

Lo Stato crea la moneta dello Stato, ma esso non vieta il corso di altra moneta libera od « usuale ». Tali sono in Germania tra l'altro i biglietti delle casse dell'Impero, i quali, secondo le leggi, non possono essere imposti ai privati in pagamento (8), inoltre i biglietti di banca, e, nei distretti posti al confine, anche le monete estere.

La moneta libera circola di fatto nel commercio, e viene stimata ed accettata come danaro; ma può essere imposta come mezzo di pagamento solo quando ciò sia stato particolarmente convenuto (9).

4. Le questioni più difficili si offrono, quando sorgono delle differenze tra la stima delle monete fatta dallo Stato, e quella fatta dal commercio.

Si distinguono tre specie di valore del danaro:

a) il valore nominale, o il valore estrinseco, che lo Stato col suo conio attribuisce ad una moneta;

b) il valore metallico, od il valore intrinseco, cioè il valore del metallo nobile contenuto nella moneta;

c) il valore in corso, cioè il prezzo corrente della relativa moneta nel commercio. La differenza tra il valore nominale e quello in corso si dice aggio. Se essa è a discapito del valore nominale, si parla di « disaggio ».

---

(6) Così il Cod. civ., § 244.

(7) Sull'ammissibilità della cosiddetta clausola « in oro » cfr. SEUFFERT, *Arch.*, vol. L, n. 159 (Tribunale Supremo).

(8) Nell'Impero tedesco non vi ha carta moneta di Stato in senso proprio, che i privati siano costretti ad accettare in pagamento. Ma le Casse imperiali e territoriali devono accettare in pagamento i biglietti delle Casse imperiali al valore nominale: Legge riguardante l'emissione dei buoni di cassa dell'Impero, del 30 aprile 1874. Nemmeno i biglietti di banca della Banca dell' Impero sono carta moneta di Stato: Legge sulla Banca dell'Impero, del 14 marzo 1875.

(9) Il WINDSCHEID, vol. II, § 256 *b* β) riteneva: « In mancanza di contrarie disposizioni legali o di diritto consuetudinario deve accettarsi ogni specie monetata che ha corso al luogo del pagamento, senza distinzione tra monete estere o nazionali ». Ma nessuna legge ha una disposizione di tal fatta, nè può riguardarsi nel dubbio come l'intenzione delle parti, alla contrattazione del debito di danaro. Il creditore stipula di regola danaro invariabile nel valore, e non già oscillante secondo i giorni e le ore. Sin dalla sesta edizione il Windscheid ha modificato essenzialmente la sua tesi.

Se sussiste solo una differenza tra il valore nominale ed il valore metallico, senza ch'essa si faccia avvertire in corso, è cosa giuridicamente insignificante. Poichè allora il danaro compie per intero la sua funzione nel diritto e nel commercio secondo il suo valore nominale, malgrado del suo minor valore metallico.

Ma di tanta maggiore importanza è un eventuale disaggio tra il valore nominale ed il valore in corso. In conseguenza di esso la forza di scambio della relativa moneta è divenuta più scarsa di quella che deve essere, secondo l'intenzione dello Stato. Quando, p. es., la carta moneta della prima Repubblica Francese (gli *assignats*) scese rapidamente nel corso, allora con un biglietto di cento franchi si poteva appena comprare quel tanto, che si riceveva con pochi franchi d'argento. Ma con lo scemare del valore in corso, diminuisce anche la forza del danaro, come mezzo di pagamento? Ciò ritengono molti. E sembra anche a prima vista assai ingiusto, che un debito, che venne creato nel tempo del pieno valore della moneta, possa essere estinto con danaro, il cui valore in corso è scemato, e la cui forza di acquisto è diminuita. Pur nondimeno bisogna decidersi in tal senso. Lo scopo infatti del danaro dello Stato è quello appunto di procurare, nell'interesse del commercio, un mezzo di pagamento, indipendente dalle oscillazioni del giorno. In questo senso è caratteristico ad esso il corso *forzoso*. Da ciò derivano essenziali vantaggi per il commercio. Che in circostanze straordinarie ne sorgano anche degli svantaggi, è ineluttabile, se il danaro dello Stato deve renderci il suo pieno servigio (10).

Se però al debitore è data facoltà di pagare in moneta usuale, si dovrà prendere a base, per ciò che a questa si riferisce, il valore in corso. Riguardo ad essa infatti unico arbitro è il commercio.

5. È libero alle parti, di riservare il pagamento in una determinata qualità di moneta: debiti di specie monetata. Questa inten-

---

(10) Il SAVIGNY, *loc. cit.*, prende le mosse da ciò: che dipenda dal generale riconoscimento il giudicare se qualcosa sia danaro e sino a qual grado, cioè a quanto ammonti il valore da attribuirsi ad esso. Di conseguenza egli ritiene che il valore in corso, come vera norma per determinare il contenuto di un debito di danaro, sia una conseguenza immediata della generale natura del danaro. La concezione del Savigny peccava d'unilateralità. Il bisogno della vita pratica, che reclama una *publica ac perpetua aestimatio* (fr. 1 pr. D. *de contrahenda emptione*, 18, 1, riferito più sopra alla nota 2), non viene soddisfatto col semplice danaro in corso; lo Stato si propone anzi, col batter moneta, il compito più elevato di una stabile valuta. Ciò è stato più particolarmente dimostrato dal HARTMANN e dal GOLDSCHMIDT, *loc. cit.* Un rapporto affatto diverso sorge quando una moneta viene abbassata di valore nel suo passaggio ad un altro piede monetario, senza che le venga mutato il nome. Allora il debito costituito sotto il vigore dell'antico piede monetario dev'essere proporzionalmente rettificato, dopo l'introduzione del nuovo. Perocchè, ad onta dell'identità del nome, la nuova moneta è diversa dall'antica.

zione dev'essere rilevata particolarmente, p. es., per mezzo della clausola « effettiva ».

Tali debiti di specie monetata hanno un duplice carattere: o costituiscono una semplice modificazione dei debiti di danaro, ovvero dei puri debiti di specie monetata (11).

a) La prima categoria ha per iscopo un debito di danaro, che dev'essere soddisfatto nella specie pattuita. Da ciò consegue, che se tale specie pattuita non è più in commercio, il debito non si estingue, bensì deve pagarsi con altra moneta (12).

b) All'incontro nei debiti di specie monetata puri e semplici, ciò che importa al creditore è solo la specie convenuta, p. es., a causa del suo commercio con l'estero. Se quella non potesse più trovarsi in commercio, il debito dovrebbe perciò estinguersi, per l'impossibilità della prestazione.

Finalmente il debito può riferirsi anche a singole monete determinate. In tal caso trattasi di un debito di specie, non di un vero debito di danaro.

§ 27. — **Obbligazioni alternative** (1).

Le obbligazioni sono semplici, ovvero alternative.

Le obbligazioni alternative vincolano alla prestazione dell'uno « o » dell'altro oggetto, p. es., di un cavallo bianco o di un cavallo morello (2). Gli oggetti alternativamente dovuti possono essere specifici, ovvero generici.

Il debitore di una obbligazione alternativa è già stabilmente vincolato, però riguardo all'oggetto della prestazione vi è ancora un certo

---

(11) Legge cambiaria tedesca, art. 37. Ad un debito di specie monetata deve certo riferirsi il fr 99 D. *de solutionibus*, 46, 3. Paulus, libro 4, *responsorum*: « Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit ».

(12) Nello stesso senso il Cod. civ. germ., § 245. Si deve prestare il valore che la specie monetata aveva al tempo in cui cessò legalmente di esistere: cfr. Windscheid, vol. II, § 256, nota 31.

(1) Cfr. Bernstein, *Per la teoria della volontà alternativa* [Zur Lehre von dem alternativen Willen], Parte I, 1878, ed anche *L'obbligazione alternativa nel diritto romano e moderno* [Die alternative Obligation im römischen und im modernen Rechte], nella *Rivista per la scienza del diritto comparato* [Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft], vol. II, n. 10; Pescatore, *La cosiddetta obbligazione alternativa* [Die s. g. alternative Obligation], 1880. Cfr. ivi, pag. 1, la letteratura precedente; inoltre Karlowa, nella *Rivista di* Grünhut, vol. XVI, pag. 431; Ryck, *I rapporti obbligatorii* [Schuldverhältnisse], pag. 206.

(2) Sulla designazione di tali obbligazioni come « alternative », o, come alcuni propongono, « disgiuntive », cfr. Pescatore, *loc. cit.*, pag. 1.

campo libero (3). Ambo le cose sono, alternativamente, l'oggetto del debito. Da ciò si spiega, come il debitore possa divenire responsabile di fronte al creditore, per la colpa nel governo di una qualunque delle cose. Ma solo una di esse deve esser prestata (4).

L'obbligazione alternativa non deve nulla stabilire sulla scelta; ma può però minutamente regolarla.

1. Se essa nulla determina intorno alla scelta, è in facoltà del debitore, quale degli oggetti dovuti egli debba prestare (5-6).

Siffatte obbligazioni alternative possono trasformarsi in semplici:

a) per contratto (7). L'unilaterale dichiarazione del debitore al creditore, di voler prestare l'uno degli oggetti, non vale invero a vin-

---

(3) Fr. 2, § 3, D. *de eo quod certo loco*, 13, 4. ULPIANUS, libro 27, *ad edictum*: « ..... quid debeat esse in eius arbitrio, an debeat non esse. et ideo cum quis « Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo « vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio « eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet ».

(4) Cfr. più giù nota 12. Il BERNSTEIN (*La volontà alternativa*) pone la questione così: se nella obbligazione alternativa abbia luogo una pendenza sospensiva ovvero risolutiva, se cioè sia incerto quale cosa dovrà divenire oggetto dell'obbligazione, ovvero quale cosa rimanga oggetto della medesima. Ma nessuna di queste due alternative, a nostro avviso, si verifica. L'obbligazione è già perfetta col contratto, ed abbraccia, alternativamente, ambedue gli oggetti del debito. Nell'andamento normale essa conserva questo carattere sino alla sua estinzione; questa si avvera mediante la prestazione di uno degli oggetti dovuti. Così concepisce la cosa anche PAOLO, libro 10, *quaestionum*, fr. 128, D. *de verb. obl.*, 45, 1: « ... utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem ». Cfr. più sopra § 2, dove si dimostra, che il contenuto dell'obbligazione e quello dell'adempimento non sono punto sempre il medesimo.

(5) Fr. 138, § 1, D. *de verb. obl.*, 45, 1: [« Cum pure stipulatus sum illud « aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod prae- « staturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest »]. Così il Cod. civ. germ., § 262: [« Se parecchie prestazioni sono dovute in guisa, che solo l'una o l'altra debba essere effettuata, il diritto di scelta compete nel dubbio al debitore »].

(6) Ciò vale anche pei negozi di compra-vendita: fr. 34, § 6, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1; PAULUS, libro 33, *ad edictum*: « Si emptio ita facta fuerit: « 'est mihi emptus Stichus aut Pamphilus' in potestate est venditoris, quem « velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est; « et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emotorem respicit ». Cfr. fr. 25 pr. D. *eod.*: [« Si ita distrahatur 'illa aut illa res', utram eliget venditor, haec erit empta »].

(7) Nel diritto romano ciò poteva effettuarsi mediante la *exceptio pacti de non petendo* riguardo ad uno degli oggetti del debito. Fr. 27, § 6, D. *de pactis*, 2, 14: [« Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum « aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: nam ut solutione « et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque « convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri. sed « si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur: possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda. idem est et si de Sticho « non petendo convenerit »].

colarlo; ma se essa ha il carattere di una offerta contrattuale, diviene naturalmente, per l'accettazione del creditore, un contratto obbligatorio. E tale intenzione d'ambo le parti deve di regola supporsi, quando il debitore presti una parte dell'un oggetto, ed il creditore l'accetti come una parziale estinzione del debito (8).

b) Per la mora soltanto il debitore non perde ancora il diritto di decidersi tra gli oggetti del debito. Il creditore deve perciò agire alternativamente, ed il giudice alternativamente condannare. Ma se anche la sentenza di condanna rimane priva di effetto, il creditore può da sua parte scegliersi uno degli oggetti, e concentrare così su di esso l'obbligazione (9). Questa è una conseguenza dell'obbligazione alternativa, e deve perciò ritenersi come indirettamente voluta. Al debitore non deve essere libero di frustrare con la sua passiva inerzia l'esecuzione forzata: questa però non è possibile, finchè sia incerto, che cosa possa esigere il creditore.

c) L'obbligazione alternativa diviene infine semplice, per il perimento di uno degli oggetti dovuti, o per altra impossibilità della sua prestazione. Il debitore deve quindi consegnare l'oggetto rimanente.

(8) Pertanto devesi respingere la decisione dei ffr. 26, § 13, D. *de cond. indeb.*, 12, 6; 2, § 1, D. *de verb. obl.* [fr. 26, § 13 cit.: « Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque; quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc « descendit, an liberer in quinque, nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, « erit condictio. placuit autem... non peremi partem dimidiam obligationis ideoque « eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo « posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri « eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum « posse condicere quasi indebita. sic posterior solutio comprobabit, priora quinque « utrum debita an indebita solverentur »; fr. 2, § 1 cit.: « ..... nam si Stichi « pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut « statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur..... »]. Le opinioni sono invero assai divise: vedi da una parte Ihering, nei suoi *Annali*, vol. I, pag. 31, dall'altra Windscheid, vol. II, § 255, nota 9. Sulla letteratura della questione cfr. anche gli scrittori citati in Arndts, § 203, nota 3, inoltre Francesco Leonhard, negli *Annali di* Ihering, vol. XXXXI, pag. 8. Secondo il Cod. civ. germ. la scelta avviene mediante dichiarazione di fronte all'altra parte (243).

(9) Cfr. fr. 11, § 1, D. *de leg. II*: [« ' Stichum aut Pamphilum, utrum heres « meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum « recitatum erit, dicat '. si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, « perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus « esset, utrum legatarius elegerit. si dixerit se Stichum dare velle, Sticho mortuo « liberari eum: si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit « in obligatione manebit. cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare « sententiam non poterit. et ita et Iuliano placuit »]. Cfr. inoltre Trib. Imp., vol. XII, pag. 184; ivi viene riferita anche la letteratura intorno a tale questione. Il Cod. civ. germ., § 264, cap. 1°, concorda con ciò, ma però dispone che il debitore, finchè il creditore non abbia ricevuto nè in tutto nè in parte la prestazione scelta, possa liberarsi dalla sua obbligazione per mezzo di una delle rimanenti prestazioni.

Se anche questo perisce per caso fortuito, egli è liberato. Di conseguenza l'uno degli oggetti è a rischio del debitore, l'altro a rischio del creditore (10).

Però il debitore può liberarsi dalla prestazione dell'oggetto rimanente, col risarcire il valore dell'oggetto perito, purchè egli non sia in colpa riguardo al perimento di questo. Altrimenti il caso fortuito, che distrusse l'oggetto di minor valore, apporterebbe persino dei vantaggi al creditore, il che sarebbe altamente ingiusto, e contrario al senso del negozio (11).

Se il perimento dell'un oggetto dovuto si verificò per colpa del debitore, la conseguenza è anzitutto quella, che l'obbligazione si concentra sull'altro oggetto. Ma se questo dipoi parimenti perisce per caso fortuito, il debitore dovrà in tal caso prestare il valore dell'oggetto perito per sua colpa, poichè per tale colpa egli, in opposizione al contratto, ha peggiorato la condizione del creditore, rovesciando sopra di lui il rischio (12-13).

---

(10) Cfr. il fr. 34, § 6, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1, riferito sopra alla nota 6. Se la prestazione di uno dei due oggetti dovuti sia fin da bel principio impossibile, l'obbligazione sin dal suo inizio è semplice. Fr. 128, D. *de verb. obl.*, 45, 1 [« Si duo rei stipulandi ita extitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter sti« pularetur, ei, qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur, quia « non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est. eadem « ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, « quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit eius esse, non recte solvitur, quia « utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem »].

(11) Fr. 47, § 3 D. *de legatis*, 1 [« Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et « alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari « aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens « moram non est facturus legatario. qua ratione placuit et, si alter decesserit, « alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. sed si ambo sint « in fuga, non ita cavendum, ut, 'si in potestate ambo redirent' sed 'si vel alter'. « et 'vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam' »]. Cfr. fr. 95, § 1, D. *de sol.*, 46, 3. Diversamente Pescatore, pag. 201 sgg.; Ryck, *Rapporti obbligatori*, pag. 239.

(12) Fr. 95, § 1, D. *de sol.*, 46, 3. Papinianus, libro 28, *quaestionum*: « Quod si « promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti peterit. enimvero « si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim « non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aesti« matio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam pro« missoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris « moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo morie« batur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse « admissa, doli actio non immerito desiderabitur ». Il passo è bifronte. Così potè essere utilizzato per le più opposte teorie delle obbligazioni alternative. Bernstein (*Per la teoria del volere alternativo*), dal rifiuto dell'azione *ex stipulatu* deduce che « l'oggetto perito per colpa non era *in obligatione*: l'oggetto che era *in obligatione* è perito per caso fortuito ». Egli trova in ciò l'argomento più eloquente

2. Se l'obbligazione alternativa contiene delle disposizioni intorno alla scelta, queste sono naturalmente decisive. Per esse la scelta può esser rimessa al giudizio del debitore, o del creditore, o di un terzo.

Se la scelta è lasciata al creditore, essa vale di regola come parte costitutiva del diritto del creditore, diritto che trapassa con la obbligazione ad ogni successore, e quindi anche al cessionario del creditore (14). Se essa è affidata ad un terzo, di regola la personale decisione di costui è necessaria, ed è condizione del contratto (15).

Di regola la scelta attribuita nel contratto rimane esaurita per mezzo di un'unica dichiarazione unilaterale, comunicata alle parti (16). Ma anche il diritto di cambiare la scelta sino all'adempimento può essere contrattualmente convenuto (17).

---

perchè non ambo gli oggetti ma uno di essi sia *in obligatione*, e propriamente in modo da essere incerto quale dei due. Ma come spiega egli l'*actio doli?* Che Papiniano « cerca di appagare la giustizia a spese della logica, ricorrendo alla « *actio doli*, rimedio certamente estremo, e che nella maggior parte dei casi può « venir meno ». Questa interpretazione non rende giustizia a Papiniano. L'*actio doli* si lascia spiegare solo da ciò, che Papiniano suppone avere il debitore contravvenuto al suo dovere contrattuale, malgrado che un tale dovere non sia più riconosciuto secondo lo stretto diritto. Se il debitore non fosse vincolato nel senso del contratto anche riguardo all'oggetto perito per opera di lui, mancherebbe ogni fondamento, per ritenerlo responsabile di fronte al creditore a causa del cattivo trattamento dell'oggetto medesimo. Si deve quindi accedere all'opinione del Windscheid, § 255, nota 14, e del Pescatore, pag. 231, i quali ritengono come contrattuale nel diritto odierno l'obbligo del risarcimento. Ciò viene giustificato dall'idea fondamentale, che ambedue gli oggetti sono *in obligatione* ed uno *in solutione*. Cfr. ancora Schirmer, nella *Rivista di Savigny*, vol. XIX, pag. 362.

(13) Il Cod. civ. germ. al § 265, concordando in massima col diritto comune, dispone: « Se l'una delle prestazioni è sin da principio impossibile, o diviene impossibile più tardi, il rapporto obbligatorio si circoscrive alle prestazioni rimanenti »; ma aggiunge: « La limitazione non ha luogo, quando la prestazione divenga impossibile in conseguenza di un fatto di cui debba rispondere la parte non autorizzata alla scelta ».

(14) Cfr. su di ciò il Pescatore, *loc. cit.*, pag. 239, alla cui teoria è d'uopo accedere senz'altro.

(15) Fr. 141, § 1, D. *de verb. obl.*, 45, 1 [« Extranei quoque persona si com« prehensa fuerit, veluti hoc modo: ' utram earum Titius elegerit ', non aliter « stipulator alterutrius petendae facultatem habet, quam si Titius elegerit »]. Cfr. Pescatore, *loc. cit.*, pag. 69.

(16) Cfr. anche il Cod. civ. germ., § 263, cap. 1°: [« La scelta ha luogo mediante dichiarazione di fronte all'altra parte »]. Diversamente il Pescatore, *loc. cit.*, pag. 251. Ma di regola quegli a cui contrattualmente viene conferita una facoltà, soltanto una volta la possiede. Il Windscheid, vol. II, § 255, nota 9, trascura, nella sua osservazione contro di me, che io distinguo il caso in cui nulla siasi determinato riguardo alla scelta, da quello in cui nel contratto essa venga regolata. Cfr. frattanto Fr. Leonhard, negli *Ann. di* Ihering, vol. XLI, pag. 22.

(17) I Romani avevano varie formule secondochè il creditore doveva o no avere un *ius variandi*: fr. 112 pr. D. *de verb. obl.*, 45, 1. Pomponius, libro 15,

Se il diritto di scelta compete al creditore, ed egli sia incorso in mora, il debitore, secondo l'esatta opinione, può offrire uno degli oggetti, e liberarsi per mezzo del deposito di esso. Sarebbe infatti inammessibile e intollerabile, che il creditore potesse attraversargli il diritto di liberarsi dal suo debito (18).

Diverse dalle obbligazioni alternative sono i negozi, pei quali il debitore può liberarsi dalla sua obbligazione di consegnare l'oggetto dovuto, mediante l'offerta di un altro oggetto, e i negozi, pei quali il creditore, invece dell'oggetto dovutogli, può reclamarne un altro, — la così detta facoltà alternativa, *facultas alternativa*, del debitore o del creditore (19).

Capitolo III.

Prestazioni speciali.

I. — *Gl'interessi.*

§ 28. — **Obbligo degli interessi in generale** (1).

1. L' interesse (2) è la prestazione di danaro o di altre cose fungibili, da parte del debitore di un capitale consistente in danaro

---

ad Quintum Mucium: « ... respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis « sit ' quem voluero ' an ' quem volam ': nam si talis fuerit quem voluero cum « semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo « illius et sit talis ' quem volam ', donec iudicium dictet, mutandi potestatem « habebit ». Non si può di ciò far uso alcuno nel diritto odierno.

(18) L' opposta opinione è sostenuta dal Windscheid, vol. II, § 346, nota 10 e dal Pescatore, pag. 256, ove si riferisce anche la bibliografia sulla questione. Diversamente anche il Trib. Imp., vol. XXX, pag. 99; Hirsch, *Per la revisione della teoria della mora del creditore* [Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge], 1895, pag. 155. Il Cod. civ. germ., § 264, capov. 2°, dispone nel senso sostenuto da noi nel testo: « Se il creditore autorizzato alla scelta sia in mora, il debitore può invitarlo ad eseguire la scelta, assegnandogli un congruo termine. Col decorso del termine il diritto di scelta passa nel debitore, se il creditore non l'abbia compiuta in tempo debito ».

(19) Cfr. Regelsberger, negli *Ann. di* Ihering, vol. XVI, n. 3.

(1) Tit. Dig. *de usuris* 22, 1, Cod. 4, 32. — Glück, vol. XXI, pag. 1 sgg.; Vangerow, vol. I, pag. 111 sgg.; Randa, *La teoria degli interessi* [Die Lehre von den Zinsen], 1869; Schey; *Rapporti obbligatori* [Obligationsverhältnisse], vol I, pag. 129; Petražycki, *Il reddito* [Lehre vom Einkommen], vol. II, § 10 sgg.

(2) Contro la definizione dominante, per la quale gl'interessi sono il « compenso » per l'uso di un capitale di danaro o di cose fungibili, cfr. Petražycki, II, § 25.

od in altri oggetti in circolazione (3-4), dovuta accanto al debito del capitale, e che, decorrendo finchè questo sussiste, ne costituisce il reddito.

Gl'interessi vengono valutati secondo i *per cento* — centesime parti — del capitale, e propriamente per determinati periodi di tempo. I Romani ponevano a base del computo il mese; i moderni computano gl'interessi ad anno (5).

Le rendite si distinguono dagl'interessi in ciò, che esse non sono, come gl'interessi, dovute accanto ad un capitale; i dividendi (p. esempio di azioni) si distinguono poi da ciò, che costituiscono delle quote parti del guadagno netto, alle quali si ha diritto soltanto quando il

---

(3) La teoria dominante ammette gl'interessi solo nel caso di un debito di danaro o di cose fungibili. Ma il PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, § 20, richiama, a buon diritto, l'attenzione, sulla l. 3, § 4, D. *de usuris*, 22, 1; PAPINIANUS, libro 20, *quaestionum*: « Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora « intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet plane si materiam « istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta fideicommissa solverentur « aut alimenta praestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse respon- « deri oportet: quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore « desiderabuntur usurae, ideoque non exigentur ». Anche dunque gli interessi del valore pecuniario di vasi d'oro legati possono essere dovuti! ma allora non deve più sorprendere la c. 25 Cod. *h. t.* 4, 32, CONSTANTINUS *ad populum*: « Pro « auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras « iussimus ». Non è necessario di leggere con IHERING, *Ann.*, vol. XII, pag. 334, *recte* invece di *et veste*. L'usuraio ha dato alla persona bisognosa non già « danaro », ma « vestiti », dimodochè essa dopo il decorso di un anno deve restituire « vestiti della medesima specie » più 100 in danaro. Se questa somma sorpassa il saggio legale degli interessi del valore di questi vestiti, la promessa è invalida per l'eccesso. Non è necessario che sia espressamente convenuto, che i vestiti debbano essere dati per essere venduti, all'intento di ricavarne la valuta del mutuo. Ma non è neanche propriamente richiesto che i vestiti medesimi, come suppone la Glossa, fossero stati *aestimati*. Sulla frequenza di tali negozi cfr. MITTEIS, *Trapezitika*, nella *Rivista* del SAVIGNY, vol. XIX, pag. 205.

(4) Interessi in derrate trovansi menzionati nelle cc. 11, 16 Cod. *h. t.* 4, 32 [« Frumenti vel hordei mutuo dati, accessio etiam ex pacto praestanda est ». — « Cum non frumentum, sed pecuniam fenori te accepisse ad leges, ut certa « modiatio tritici praestaretur, ac, nisi is modus sua die fuisset oblatus, mensu- « rarum additamentis in fraudem usurarum legitimarum gravatum te esse con- « tendis, potes adversus improbam petitionem competente uti defensione »].

(5) L'unità di calcolo era in Roma l'uno per cento al mese — *usurae centesimae* — pari al 12 % all'anno. Gl'interessi più bassi venivano designati come frazioni delle *usurae centesimae*, e secondo il sistema di calcolo usato in Roma l'*as* rappresentava l'unità, e 12 *unciae* le frazioni. Laonde le *usurae semisses* dei Romani corrispondono al nostro 6 % all'anno, le *quincunces* al 5 %, *trientes* al 4 %, e *besses* all'8 %, ecc. — Poichè gl'interessi in Roma scadevano alle calende d'ogni mese, i libri dei crediti fruttiferi si chiamavano *calendaria*. Cfr. HECHT, *I libri calendarii romani* [römische Kalendarienbücher], 1868.

guadagno esista, mentre gl'interessi costituiscono una prestazione del debitore, indipendente dal fatto, se il capitale dovuto produca o no un guadagno (6).

Le cosidette quote di ammortamento non sono interessi, poichè esse hanno per iscopo la graduale restituzione del capitale.

Naturalmente il creditore, per la concessione di un capitale, può in luogo degl'interessi, od accanto ad essi, riserbarsi dei vantaggi di altra specie. Tali sono ad esempio gli aumenti al capitale all'atto della restituzione di esso. Un compenso anche può consistere nella concessione dell'uso di cose del debitore, o nella prestazione di servigi. Tali prestazioni non sono interessi. Ma partecipano in vari rapporti della natura di essi. In particolare vanno presi in considerazione nella questione circa lo sfruttamento usurario del debitore.

2. Gl'interessi formano insieme col debito del capitale un unico complesso di debito. Di conseguenza il creditore non è obbligato ad accettare il pagamento del capitale, se nel tempo stesso non gli vengano offerti gl'interessi arretrati (7). Inoltre la scadenza degl'interessi dipende dalla continua esistenza del capitale, dimodochè essi cessano di decorrere, se questo non è più dovuto (8). Perciò l'obbligo degl'interessi si designa come accessorio. Ma gl'interessi una volta scaduti

---

(6) I cosidetti interessi di costruzione, nelle società per azioni, sono rimborsi di capitale che vengono abbonati agli azionisti a titolo d'interessi, durante il tempo della preparazione dell'impresa.

(7) Fr. 41, § 1, D. *h. t.*, 22, 1: [« Lucius Titius cum centum et usuras ali-« quanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, « an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus « respondit, si non ac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim « quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, « si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione « totius cessabat, solam partem deposuit »]. Trib. Imp. Comm., vol. XXV, pag. 256

(8) Fr. 7, D. *h. t.*, 22, 1; c. 16, c. 19, Cod. *h. t.*, 4, 32: [fr. 7 cit.: « Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, « obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea « conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt ». c. 19 cit.: « Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem « offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone, et cursus usurarum « legitimarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel « sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas dispo-« suerit. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum « tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi perse-« cutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvatur. « Quod etiam in traiecticiis servari oportet. Creditori scilicet actione utili ad exa-« ctionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra « depositarium vel ipsas competente pecunias »].

sono obbligazioni per sè stanti. Essi perciò sopravvivono all'estinzione del debito principale (9), e sono anche particolarmente perseguibili con azione (10).

§ 29. — Interessi contrattuali e legali.

I. — L'esistenza di un debito di un capitale non porta seco necessariamente l'obbligo degl'interessi. Questo deve piuttosto fondarsi su di un particolare motivo.

In Roma gl'interessi venivano assegnati, ora in base a stipulazione d'interessi, ora *officio iudicis*, come pertinenza del debito del capitale.

I moderni distinguono invece interessi contrattuali ed interessi legali; divisione questa che si appoggia alla distinzione romana, ma non coincide per nulla con essa.

1. I contratti d'interessi, forniti in Roma indipendentemente d'azione solo nel caso della stipulazione (1), vengono secondo il diritto comune conchiusi senza forma (2).

---

(9) Se il credito principale è prescritto, non possono più perseguirsi in giudizio i crediti accessori, in particolare quelli diretti agli interessi ed ai frutti, quando pure non fossero prescritti, per essere meno antico il termine della scadenza. Ciò riposa su motivi di opportunità, di grave momento. Altrimenti in grazia degli interessi e degli altri introiti accessori verrebbe ancora in discussione la questione del debito capitale, malgrado della prescrizione di esso; c. 26 pr., Cod. *h. t.*, 4, 32: [« Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta « annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, non posse super usuris « vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex his « temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta prae- « teritos annos referuntur, et adserendo singulis annis earum actiones nasci: « principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel « fructibus adhuc iudicem cognoscere »]. Cod. civ. germ., § 224: [« Insieme con la pretesa principale si prescrive la pretesa alle prestazioni accessorie da quella derivanti, se anche non siasi compiuta la particolare prescrizione di questa pretesa »].

(10) Vedi § 29.

(1) Fr. 24 D. *de praescriptis verbis*, 19, 5; fr. 40 D. *de rebus creditis*, 12, 1: « lex lecta est »; fr. 5, § 2, D. *de solutionibus*, 46, 3: [fr. 24 cit.: « Titius « Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, « quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semis- « sibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usu- « rarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, « id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum exces- « sisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla « stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sem- « pronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo « consequi possit. respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem « deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia « intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra « semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae

È necessario l'accordo delle parti, come su tutti gli altri punti essenziali, così anche sul saggio degl'interessi. Ma basta, conforme ai principii generali, che siano fissati nel contratto gli elementi per la determinazione di esso, p. es. con riferimento al saggio corrente (3).

« creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse. quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat »; fr. 40 cit.: « Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: ' Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius. si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius. convenitque inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius '. quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent pactumque id tantum ad exceptionem prodesse et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), tamen usurarum obligatio ipso iure non commitetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio extiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia quo competit usurarum nomine ex die interpositae stipulatinis praestetur »; fr. 5, § 2, *de solut.*, 46, 3 cit.: « . . . si sint usurae debitae et aliae indebitae . . . puta quaedam earum ex stipulatione quaedam ex pacto naturaliter debebantur . . . »].

(2) In quanto sussistono giuridicamente le promesse unilaterali, possono per mezzo di esse promettersi anche gl'interessi: fr. 10, D. *de pollicitationibus*, 50, 12; così pure l'obbligo degl' interessi può essere imposto mediante legato: fr. 3, § 6, D. *de ann. legat.*, 33, 1 [« Si cui certa quantitas legetur et, quoad praestetur, in singulos annos certum aliquid velut usuras iusserit testator praestari, legatum valet: sed in usuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit »]. Se dunque di solito si parla d'interessi contrattuali o convenzionali, ciò avviene solo *a fortiori*.

(3) Fr. 41, § 2, D. *de usuris*, 22, 1: [« Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: ' illo scripsi me accepisse et

Non è indispensabile la fissazione del tempo della scadenza. In mancanza di uno speciale accordo su di ciò, va da sè che gl'interessi scadano nel giorno dell'anno seguente corrispondente a quello della costituzione del debito (4).

Gl'interessi sono pagabili non prima del decorso del termine, purchè non siasi diversamente convenuto.

2. Riguardo agl'interessi legali devonsi distinguere le pretese di restituzione e le pretese di prestazione (5-6).

a) Il rifacimento degl'interessi appartiene in ordine primario al contenuto delle obbligazioni nelle pretese di restituzione, p. es., in seguito ad una gestione di negozi, o di un possesso illegittimo.

Il debitore dunque deve qui, allo scopo della completa restituzione, risarcire anzitutto gl'interessi, ch'egli ha guadagnato dall'altrui capitale (7), ed inoltre che egli avrebbe dovuto debitamente ricavare dallo

---

« accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis « cum suis usuris placitis inter nos ': quaero, an ex eo instrumento usurae peti « possint et quae. Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris con- « ventio facta sit, peti eas non posse »]. Se nulla sia stabilito circa l'ammontare degli interessi, si domanda, se le parti si riferiscano tacitamente agli interessi usuali del luogo, o se il contratto d'interessi sia ancora imperfetto. Nell'ultimo caso non sono punto dovuti interessi. Diversamente il WINDSCHEID, vol. II, § 260, nota 5. Ma cfr. PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, vol. II, § 24.

(4) Cfr. anche sopra § 28, nota 5 in fine. — Il pagamento d'interessi per più lungo spazio di tempo può dar fondamento alla induzione di un accordo delle parti riguardo alla produzione degli interessi medesimi: fr. 6 pr., D. *h. t*., 22, 1 [« Cum « de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio « moveretur, imperator Antoninus ideo solvendas usuras iudicavit, quod eas ipse « dominus vel pater longo tempore praestitisset »]. Ma non si ha qui una usucapione del diritto agli interessi, come opinavano scrittori più antichi. Infatti al diritto romano è del tutto estraneo il possesso di un diritto agli interessi, il quale dovrebbe essere il presupposto della usucapione.

(5) Cfr. sopra § 23, num. IV.

(6) L'opinione dominante ritiene che i cosiddetti interessi legali siano dovuti soltanto per i debiti di danaro: ciò è inesatto, come ha dimostrato il PETRAŽYCKI, *loc. cit.* Cfr. la l. 3, § 4, D. *de usuris*, 22, 1, riportata al § 28, nota 3. Diversamente il Cod. civ. germ., §§ 288, 291.

(7) Fr. 27, § 1 D. *de min.*, 4, 4; fr. 18, § 4, D. *de neg. gest.*, 3, 5; fr. 6, § 1, D. *de pign. act.*, 13, 7; fr. 10, § 3, *mandati*, 17, 1; PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, § 12. [Fr. 27, § 1 cit.: « ..... praedium quoque si ex ea pecunia pluris quam « oporteret emit, ita temperanda res erit, ut iubeatur venditor reddito pretio « reciperare praedium, ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvene suum « consequatur. ex quo scilicet simul intellegimus, quid observari oporteat, si « sua pecunia pluris quam oportet emerit, ut tamen hoc et superiore casu ven- « ditor, qui pretium reddidit, etiam usuras, quas ex ea pecunia percepit aut per- « cipere potuit, reddat, et fructus, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat. « item ex diverso si minore pretio quam oportet vendiderit adulescens, emptor « quidem iuberi debebit praedia cum fructis restituere, iuvenis autem eatenus ex « pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est »; fr. 18, § 4 cit.:

stesso capitale per conto del creditore (8), ed infine gl'interessi cosiddetti fittizi (9), per l'uso che egli ha fatto del capitale altrui.

Allo stesso modo, colui che dal proprio patrimonio ha fatto per scopi altrui degli impieghi, che devono essergli restituiti, ha ancora diritto agl'interessi del danaro da lui speso, come pure del valore pecuniario dei materiali impiegati a vantaggio altrui (interessi dell'impiego), poichè altrimenti non gli verrebbe fatta una restituzione completa (10).

« Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum « gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus. contra quoque « usuras, quas praestavimus vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus quam « in aliena negotia impedimus, servabimus negotiorum gestorum iudicio » ; fr. 6, § 1 cit.: « Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id faeneret, usuram « eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus : sed et si ipse usus sit ea « pecunia, usuram praestari oportet. quod si eam depositam habuerit. usuras non « debet » ; fr. 10, § 3 cit.: « Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex « mora utique usuras mihi pendet. sed et si pecuniam meam faenori dedit usu- « rasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantum- « cumque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non, quia bonae fidei hoc « congruit, ne de alieno lucrum sentiat : quod si non exercuit pecuniam, sed ad « usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus « frequentantur. denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in « usus suos convertit, usuras eum praestare debere »].

(8) C. 24, Cod. *de usuris*, 4, 32; fr. 58, § 1, D. *de adm. tut.*, 26, 7; fr. 27, § 1, D. *de minor.*, 4, 4; Petražycki, *loc. cit.*, § 14. [C. 24 cit.: « Si mater tua maior « annis constituta negotia quae ad te pertinent gesserit, cum omnem diligentiam « praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, « praestare compelli potest » ; fr. 58, § 1 cit. : « Ex duobos tutoribus pupilli « altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat ex persona pupilli sui « iudice accepto consecutus est cum usuris, quantum ex tutela ad tutorem de- « functum pervenerat : quaesitum est judicio tutelae, quo experitur pubes factus, « utrum eius tantum portionis, quae ab initio quod ex tutelae ratione perve- « nerat ad defunctum contutorem, usurae veniant, an etiam eius summae, quae « ex sortis usuris pupillo aucta post mortem eius ad superstitem aeque cum sorte « translata sit aut transferri debuit. respondit, si eam pecuniam in se vertisset, « omnium pecuniarum usuras praestandas : quod si pecunia mansisset in ratio- « nibus pupilli, praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset, « sed, faenori dare cum potuisset, neglexisset, cum id, quod ab alio debitore « nomine usurarum cum sorte datur, ei qui accipit totum sortis vice fungitur « vel fungi debet »].

(9) Fr. 10, § 3, *mandati*, 17, 1; fr. 28, D. *depositi*, 16, 3; Petražycki, *loc. cit.*, § 13 [fr. 28 cit.: « Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum « epistulam scripsit in verba infra scripta : 'Caecilius Candidus Paccio Rogatiano « suo salutem. Viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum « tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse : quibus ut « primum prospiciam, ne vacua tibi sint : id est ut usuras eorum accipias, curae « habebo'. quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi « ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est »].

(10) Fr. 12, § 9, D. *mandati*, 17, 1; fr. 67, § 2, *pro socio*, 17, 2; fr. 18, § 4, D. *de neg. gest.*, 3, 5; fr. 3, § 1, D. *de contr. tut. act.*, 27, 4. Petražycki,

b) All'incontro, nelle pretese di prestazione, un'obbligo degli interessi che non fosse stato convenuto, sorge solo in ordine secondario, quando si verifichino speciali fatti, che aumentano l'obbligazione originaria.

Uno di tali fatti è anzitutto la mora del debitore. Poichè il creditore in conseguenza di essa ha diritto al risarcimento dell'*id quod interest*, ed in particolare anche del lucro venutogli meno dopo la mora, egli, come ammontare di ciò, può liquidare in suo favore gli interessi usuali del luogo (11).

---

loc. cit., § 16; Cod. civ. germ., § 256 [fr. 12, § 9 cit.: « Si mihi mandaveris, ut « rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem « de pretio reciperando: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide « ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis « recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero. « nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem « non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si « exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, « aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus « usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, « vel si minoribus relevavit, ipsi autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam « liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est « constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur »; fr. 67, 2 cit.: « « Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio « societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam « pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, « quas possit habere, si alii mutuum dedisset »; fr. 3, § 1 cit.: « Contrarium « iudicium an ad hoc quoque competat, ut quis a pupillo exigat liberationem, « videndum est. et nemo dixit in hoc agere quem contrario posse, ut tutelae « iudicio liberetur, sed tantum de his, quae ei propter tutelam absunt. conse« quitur autem pecuniam, si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris, sed vel « trientibus, vel his quae in regione observantur, vel his quibus mutuatus est, « si necesse habuit mutuari, ut pupillo ex iuxta causa prorogaret, vel his a « quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimium profuit pupillo « pecuniam esse exsolutam »].

(11) Petražycki, *loc. cit.*, § 15. Gl'interessi moratori si svilupparono nei *bonae fidei iudicia*: c. 2, Cod. *depositi*, 4, 34 [« Usurae in depositi actione sicut in « ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent »]. Essi vennero inoltre riconosciuti riguardo ai legati: fr. 34, D. *h. t.*, 22, 1; Gai., *Inst.*, II, § 280 [fr. cit.: « Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et « ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris iudiciis bonae « fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus »; Gai., *l. c.*: « Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis « fecerit qui fideicommissum debebit: legatorum vero usurae non debentur: idque « rescripto divi Adriani significatur. scio tamen Iuliano placuisse in eo legato « quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis: quam « sententiam et his temporibus magis obtinere video »]. Secondo il diritto comune gl' interessi moratori sono dovuti anche per i debiti derivanti da mutuo e dagli altri negozi i quali in Roma generavano solo azioni *stricti iuris*; ma non già

Secondo la pratica il creditore può pretendere dal debitore anche gl'interessi processuali dal tempo della domanda, come se questi fosse in mora (12).

---

per la promessa di donazione, fr. 22, D. *de donat.*, 39, 5; nè per i crediti penali, fr. 9, D. *de mag. conv.*, 27, 8; c. 1, Cod. *de fisc. usuris*, 10, 8, come neanche per i crediti d'interessi, poichè non viene concesso l'interesse dell'interesse [fr. 22, D. cit.: « Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, « de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime « cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur »; fr. 9 cit.: « An in magistratus actione data cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae « peti non possint, quoniam constitutum est poenarum usuras peti non posse, « quaesitum est, et rescriptum est a divis Severo et Antonino et usuras peti posse, « quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores »; c. 1, Cod. cit.: « Eius summae, quam tibi poenae nomine inflictam probaturus es, « usurae non exigentur:... »]. Cfr. § 30 in fine; Cod. civ. germ., §§ 288, 289.

(12) Sull'obbligo alla prestazione degl'interessi processuali vedi vol. I, § 154, nota 18. Il Cod. civ. germ. al § 291 dispone: « Il debitore deve corrispondere gl'interessi di un debito di danaro, sin dall'inizio della pendenza della lite, anche se egli non sia in mora; se il debito scade solo più tardi, produce interessi dalla scadenza ». Tale disposto è notevole anche pel fatto, che il Codice civile in molti casi ricorre ad una finzione della pendenza della lite, per determinare le obbligazioni del debitore. — Secondo il diritto giustinianeo, colla sentenza passata in giudicato cessava anzitutto il corso delle usure, ma dopo lo spazio di quattro mesi ricominciavano a decorrere nella misura del 12 %: c. 1 sqq., Cod. *de usuris rei iudicatae*, 7, 54; ciò non vale nel diritto comune. [c. 1 cit.: « Fiscus, qui bona secundum se dicta sententia persequitur, eas quoque rationes « habiturus est, ut, qui post legitimum tempus placitis non obtemperavit, usuram « centesimam temporis quod postea fluxerit solvat »; c. 2: « Eos, qui con- « demnati solutionem pecuniarum, quas dependere iussi sunt, ultra quattuor « menses a die condemnationis vel, si provocatio fuerit oblata, a die confirma- « tionis sententiae connumerandos distulerint, centesimas usuras exigi praecipimus: « nec priscis legibus, quae duas centesimas eis inferebant, nec nostra sanctione, « quae dimidiam centesimae statuit, locum in eorum personam habentibus »; c. 3: « Sancimus, ut si quis condemnatus fuerit, post datas a nobis quadrimenstres « indutias centesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli « solvere, sed tantummodo sortis et non usurarum, quae ex pristino contractu in « condemnationem deductae sunt. cum enim iam constituimus usurarum usuras « penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machi- « natio possit induci. Si enim sine emendatione relinquatur, aliquid absurdum « atque inelegans necesse est evenire, cum utiliter ex contractibus descendentes « plerumque minores centesimae ex nostra lege factae sunt et necesse est mino- « ribus usuris graviores supponi. si enim ex iudicati actione centesimae omni- « modo currunt usurae, ex contractibus autem hoc raro contingit in capitulis « lege nostra tantummodo exceptis, huiusmodi iniquitatem ipsa necessitas rerum « introducebat. Et ideo pio remedio causam corrigentes sancimus sortis tantum- « modo usuras usque ad centesimam currentes ex iudicati actione profligari, non « autem usurarum quantascumque usuras. si enim novatur iudicati actione prior « contractus, necesse est usurarum quidem, quae anterioris contractus sunt, « cursum post sententias inhiberi, alias autem usuras ex iudicati actione tan- « tummodo sortis procedere, et non ideo, quod forsitan consummata est quantitas

Inoltre è privilegio speciale dei minori, che dal tempo della scadenza dei loro crediti siano sempre dovuti gl'interessi, anche se il tutore tralasci l'interpellazione (13). Lo stesso vale pel fisco (14-15).

c) Su di un fondamento singolare riposa il disposto, che il compratore debba pagare gl'interessi pel prezzo della vendita arretrato e scaduto, sin dal tempo in cui la cosa comprata gli fu consegnata. Egli non deve avere per sè il pieno profitto della cosa comprata e del prezzo della vendita, senza che corrisponda un compenso (16).

« sortis et usurarum, totius summae usuras postea colligi, sed sortis tantummodo. « Et cum antiquitas pessimo exemplo reis quidem condemnatis laxamentum duorum « mensum praestabat, fideiussores autem eorum eodem uti beneficio non concedebat, ut liceret victoribus relictis propter legem condemnatis personis a fide« iussoribus eorum vel mandatoribus statim pecunias vel res in condemnatione « positas exigere, huiusmodi acerbitatem resecantes sancimus quadrimenstres « indutias, quas dedimus condemnatis, etiam ad fideiussores eorum et mandatores « extendi, ne legi fiat derogatum. cum enim interventor solvere compellatur et « ipse reum coerceat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat nostrae « sensum humanitatis, quia per medium fideiussorem statim pecunias persolvere « compellebatur »]. Savigny, vol. IV, pag. 142. e gli scrittori ivi citati [pag. 441 della traduzione italiana dello Scialoja], *Legge introduttiva all' Ordinamento di Proc. civ.* [Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung], § 14, n. 4.

(13) Fr. 87, § 1, D. *de leg.*, II; c. 3 Cod. *in quib. causis in integr. rest. nec. non est*, 2, 40 [fr. 87, § 1 cit.: « Usuras fideicommissi post impletos annos viginti « quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi. quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, « tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut « perpetuo debeantur »; c. 3 cit.: « In minorum persona re ipsa et ex solo « tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his « videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fidei« commissis et in legato »]. È controverso, se debba ammettersi una vera mora del debitore del minore dalla scadenza del debito, ovvero *ex re*. Cfr. più giù § 41, nota 7. Il Cod. civ. germ. ha abolito questo privilegio del minore.

(14) Cfr. vol. I, § 60, nota 5. Neanche questo privilegio è più riconosciuto dal Cod. civ. germ.

(15) Secondo il Cod. di comm., § 353, i commercianti possono senza avviso computarsi scambievolmente, nei negozi reciproci, gl'interessi dalla scadenza.

(16) Fr. 13, §§ 20, 21, D. *de actionibus empti venditi*, 19, 1; fr. 18, § 1, D. *h. t.*, 22, 1; c. 2. Cod. *h. t.*, 4, 32 [fr. 13, §§ 20, 21 cit.: « Veniunt autem « in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium, quanti res venit. item usurae « pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum « usuras pretii pendere. Possessionem autem traditam accipere debemus et si « precaria sit possessio: hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem « fructus percipiendi »; fr. 18, § 1 cit.: « Post traditam possessionem defuncto « venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, « quod in causa depositi non fuit, praestabuntur »; c. 2 cit.: « Usuras emptor, « cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis pecuniam « obsignatam in depositi causa habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur »]. Cfr. anche Petražycki, *loc. cit.*, pag. 152. Cod. civ. germ., § 452 [« Il compratore è obbligato a prestare gl'interessi del prezzo della vendita sin dal momento

II. — Nel diritto romano la distinzione tra interessi stipulati ed interessi d'altra specie aveva una essenziale influenza sul modo di farli valere in giudizio.

1. Per gl'interessi, che si fondavano sulle stipulazioni d'interessi, esistevano speciali azioni. Queste potevano essere intentate antecedentemente, insieme, o posteriormente all'azione derivante dal debito principale. Il diritto di agire per gl'interessi contrattuali arretrati non veniva perciò menomato per l'accettazione del pagamento del capitale, ovvero per altra estinzione del debito principale.

2. Per gl'interessi d'altra specie mancava l'azione particolare; essi venivano assegnati dal giudice solo nell'occasione dell'azione principale. Perciò non erano più esigibili, se il debito principale era del tutto estinto, specialmente per l'accettazione del pagamento (17).

Era controverso, se questa distinzione sussistesse ancora nel diritto comune. L'opinione dominante ammetteva ciò. Essa, nel rifiuto di una azione speciale per gli interessi legali, vedeva una conseguenza della loro natura; infatti i medesimi costituiscono, come si riteneva, una semplice proprietà del debito principale, e non possono quindi sopravvivere alla estinzione dello stesso. Però i partigiani medesimi della teoria dominante riconoscevano, che il creditore, nel caso del pagamento del debito del capitale, potesse ottenere gl'interessi legali a lui dovuti

---

in cui gli spettano i vantaggi dell' oggetto comprato, se il pagamento del prezzo medesimo non sia differito »].

(17) Fr. 24, D. *depositi*, 16, 3. PAPINIANUS, libro 9, *quaestionum*: « ... est « quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem « possit officium arbitri quantum stipulatio » ; fr. 6, D. *de negot. gest.*, 3, 5: « [... quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in « stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio »]. Nello stesso senso dice PAOLO, libro 5, *responsorum*, fr. 54 pr. *locati*, 19, 2: « ... usurae in bonae fidei « iudiciis et si non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis « applicentur... ». Un'azione particolare diretta a tali usure non esisteva: c. 4, Cod. *depositi*, 4, 34: « Imper. Gordianus .. non enim duae sunt actiones, alia « sortis, alia usurarum: sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei « iudicatae exceptione repellitur ». Cfr. c. 3, Cod. *de usuris*, 4, 32: [« Quamvis « usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen « ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur neque in sortem « accepto ferendae sunt »]. Un gran mitigamento mostrasi nel fr. 23, D. *de except. rei iudicatae*, 44, 2: [« Si in iudicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non « est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem: quia « enim non competit, nec opposita nocet eadem erunt et si quis ex bonae fidei « iudicio velit usuras tantum persequi: nam nihilo minus futuri temporis cedunt « usurae: quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae »]. Ma il fr. 49, § 1, D. *de act. emp. ven.*, 19, 1. HERMOGENIANUS, libro 2, *iuris epitomarum*, trae di nuovo la conseguenza più rigorosa: « Pretii, sorte licet post moram soluta, « usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis « praestentur ». Cfr. PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, pag. 244 sgg.

per mezzo di una riserva unilaterale (18). Ma con ciò essi cadevano in contraddizione con sè stessi. Difatti quanto in astratto deve estinguersi, con la estinzione del debito del capitale, non può essere conservato in vita da una riserva unilaterale.

Secondo la nostra opinione non riposava su motivi intrinseci, ma bensì su di una accidentalità storica, il fatto, che in Roma gl'interessi legali venivano assegnati solo per mezzo dell'*officium iudicis*, nell'occasione dell'azione principale. Più tardi gl'interessi legali sorpassarono questo stadio di sviluppo. Divenne un principio generale, che ogni diritto ha la difesa dell'azione; solo per motivi particolari esso soffre eccezioni, e questi motivi per gli interessi legali non sono dimostrabili (19).

Il dar peso alla interposizione di una speciale riserva del creditore, allorchè avviene l'estinzione del debito del capitale, significa solo accordare un ingiustificato privilegio al creditore esperto nelle cautele giuridiche, di fronte a chi di lui è meno accorto.

Pel Codice civile niun dubbio, che gli interessi legali possono indipendentemente essere domandati in giudizio.

§ 30. — **Ammontare degl'interessi.**

I. — Gl'interessi legali vengono di regola commisurati secondo il saggio dell'uso locale, senza pregiudizio della prova, che in un dato caso debbano corrispondersi interessi più bassi o più alti, secondo la condizione speciale (1).

Il saggio usuale degl'interessi, per diritto comune, è fissato al 5 % (2); secondo il Codice civile al 4 % (3).

---

(18) L'efficacia di una tale riserva venne riconosciuta tra gli altri dal WINDSCHEID, vol. II, § 259.

(19) Concorda con ciò tra gli altri, il CARUS, *La perseguibilità in giudizio degli interessi legali* [Die Klagbarkeit gesetzlicher Zinsen], 1876, come pure il RUHSTRAT, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXV, n. 9. Ivi trovasi la bibliografia. Il Carus ed il Ruhstrat cercarono però di dare un'altra interpretazione alle decisioni dei testi romani, per dar libero campo a quelle regole che corrispondevano alla coscienza giuridica moderna ed alla convenienza. Ma tale tentativo ebbe a fallire. L'opinione qui sostenuta è condivisa nei risultati anche dai Tribunali dell'Impero: Trib. Imp. Comm., vol. IX, pag. 231 e Trib. Imp., vol. I, pag. 351, vol. XXXXII, pag. 121. Può venire per essa in considerazione anche la legge introduttiva all'Ordinamento di proc. civ., § 14, N. 5.

(1) Cfr. i testi sopra riportati: § 29, note 7-11; PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, §§ 12-16.

(2) Decisione della Dieta imperiale del 1600, § 139. D'altra opinione il WINDSCHEID, vol. II, § 260, nota 5. Ma cfr. però BEHREND, nella *Rivista di Savigny*, Parte Germ., vol. I, pag. 85.

(3) Nei negozi commerciali bilaterali l'ammontare degli interessi legali è il 5 %, Cod. comm., § 352. Pel fisco computavasi in Roma il 6 %, fr. 17, § 6, D. *h. t.*,

II. — La misura degli interessi contrattuali è determinata dal contratto; nondimeno rispetto agl'interessi la libertà di contrattare non è illimitata.

a) I Romani conoscevano sin dai tempi antichi un massimo. Nell'epoca classica questo ammontava al 12 %, nel diritto giustinianeo era di regola il 6 %, pei commercianti l'8 % (4).

Il diritto canonico vietò senz'altro di percepire interessi (5). Nel medio evo bisognava conformarsi ad esso, ma con ciò si ottenne solo che i negozi di credito fossero sospinti in altre forme, particolarmente in quella della costituzione di rendita. Dopo la ricezione del diritto romano in Germania, si permise di percepire interessi sino all'ammontare massimo del 5 % (6).

22, 1: [« Si debitores, qui minores semissibus praestabant usuras, fisci esse coe- « perunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt praestare »]. PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, pag. 258. Secondo il fr. 37, D. *de negot. gest.*, 3, 5, vale la regola « ubi quis eius pecuniam cuius tutelam negotiave administrat, aut magi- « stratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat », cioè originariamente il 12 %, nel diritto giustinianeo il 6 %. Cfr. DERNBURG, *Diritto di pegno* [Pfandrecht], vol. II, pag. 221.

(4) C. 26, § 1 sgg., Cod. *h. t.*, 4, 32, a. 528: [« Super usurarum vero quantitate « etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram « et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque iubemus « illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam « partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: « illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, « usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem « contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo « licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: « ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse « stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo « modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent. Nec liceat « iudici memoratam augere taxactionem occasione consuetudinis in regione obti- « nentis. Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam « penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc impu- « tare compelletur, interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fenori dandis aliquid « detrahere vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscumque « causae gratia. Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab « initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars quam usurae eius « exigi prohibeantur. Machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti « maiores usuras stipulari alios medios subiciunt, quibus hoc non ita interdictum « est, resecantes iubemus, si quid tale fuerit attemptatum, ita computari usuras, « ut necesse esset, si ipse qui alium interposuit fuisset stipulatus: in quo casu « sacramenti etiam illationem locum habere sancimus »].

(5) Tit. X, *de usuris*, 5, 19; in VI, 5, 5; Clem. 5, 5. FUNK, *Storia del divieto ecclesiastico delle usure* [Geschichte des kirchlichen Zinsverbotes], 1876.

(6) NEUMANN, *Storia della usura in Germania* [Geschichte des Wuchers in Deutschland], 1865; STOBBE-LEHMANN, *Dr. Pr.*, vol. III, pag. 350. Conclusioni della Dieta imperiale del 1654, § 174.

Contratti d'interessi, che sorpassavano questo limite massimo, erano validi sino alla concorrenza di esso, e pel di più nulli.

La legge federale del 14 novembre 1867 tolse di mezzo il *maximum* degl'interessi, ma all'incontro al debitore, che aveva promesso più del 6 %, accordava la disdetta semestrale del debito, dopo il decorso di sei mesi dalla conclusione del contratto.

Il Codice civile ha accettato questo disposto nel § 247 (7).

b) Se si voleva in generale prescindere da un *maximum* degl'interessi, si doveva cercare nel singolo caso di ovviare all'usura. Ciò è avvenuto con le leggi imperiali del 24 maggio 1880, e del 19 giugno 1893, come pure provvede a ciò il Codice civile al § 138, cap. 2° (8).

c) Uno speciale pericolo per l'economia dei singoli e per il pubblico bene sta in ciò, che gl'interessi scaduti restano, ed infine di tanto si accrescono, che il debitore non può più tener fronte ad essi. Contro tale pericolo dovettero stare a difesa le seguenti disposizioni del diritto romano:

1. Gl'interessi convenzionali non continuano a decorrere, se gli arretrati hanno raggiunto l'ammontare del debito principale (9).

Il Codice civile ha abolito tale limitazione.

2. Gl'interessi degl' interessi arretrati (*anatocismus*) non sono permessi (10). Ciò vale anche per gl' interessi legali. Perciò i contratti, nei quali si convengono interessi degli interessi, sono nulli (11).

(7) L'art. 39 della legge introduuttiva al Codice civile germanico abolisce la legge del 14 novembre 1867.

(8) Cfr. più sopra § 16 *a*.

(9) Fr. 26, § 1, D. *de condictione indebiti*, 12, 6; c. 10, c. 27, § 1, Cod. *h. t.*, 4, 32 [fr. 26 cit.: « Supra duplum autem usurae et usurarum usurae « nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt et solutae repetuntur, quem- « admodum futurarum usurarum usurae »; c. 10 cit: « Usurae per tempora « solutae non proficiunt ad dupli computationem. tunc enim ultra sortis summam « usurae non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit « eam computationem »; c. 27, § 1 cit.: « Cursum insuper usurarum ultra duplum « minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data « sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi « permittebant »]. La novella 121, cap. 2 e la novella 130, come pure la novella 160 disponevano che dovessero computarsi nel *duplum* anche le usure già pagate: disposto questo di cui è manifesta l'assurdità. Queste novelle non sono glossate. Le cc. 29, 30 Cod. *h. t.*, 4, 32, che per lo più vengono ancora citate accanto a quelle, non esistono. Esse non sono che sommari delle novelle che gli editori hanno intercalate nel codice: cfr. KRÜGER, nel *Corpus iuris civilis* edito da lui e dal MOMMSEN, vol. II, pag. V. Vedi del resto intorno al divieto in parola W. SELL, nei suoi *Annali* [Jahrbücher], vol. I e II e PFEIFFER, *Esposizioni pratiche* [Praktische Ausführungen], vol. VII, pag. 42.

(10) Fr. 26, § 1, D. *de cond. indeb.*, 12, 6; fr. 27, D. *de re iud.* 42, 1 [fr. 27 cit.: « Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras consti-

Secondo il Codice civile è nullo solo il patto anticipatamente stabilito, che gl'interessi scaduti debbano di nuovo produrre interessi. Un'eccezione vien fatta per le casse di risparmio, istituti di credito, e case bancarie. Non si devono corrispondere gl'interessi moratori e processuali sugl'interessi (12).

Ciò che si è pagato in conto degl'interessi vietati dalla legge diminuisce il debito dell'obbligato, e se sorpassa l'ammontare del suo debito, dev'essergli restituito (13-14).

« tutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis « appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit « pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa « quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit »]. Persino quando gl'interessi vengano per contratto trasformati in un debito di capitale, è inammessibile, secondo il disposto di Giustiniano, che essi fruttino interessi: c. 28 Cod. *h. t.*, 4, 32: [« Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, « et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. « si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras « stipulari, quae differentia erat debitoribus, qui re vera usurarum usuras exige- « bantur? hoc certe erat non rebus sed verbis tantummodo leges ponere. Qua- « propter hac apertissima lege definimus nullo modo licere quidam usuras prae- « teriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari, « sed, si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere et nullum « aliarum usurarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incre- « mentum usurarum accedere »]. Ciò in pratica appena può riuscire ad ottenersi, poichè è possibile il pagamento dell'interesse e la restituzione di esso a titolo di mutuo. Perciò si esitò ad accogliere la disposizione di Giustiniano: cfr. Glück, vol. XXI, pag 123; Windscheid, § 261, nota 2 e gli scrittori ivi citati. Veramente colui che come gestore di negozi avesse riscosso interessi spettanti al *dominus negotii* doveva corrisponderne le usure se li avesse convertiti in proprio uso: fr. 10, § 3, D. *mandati*, 17, 1: « ... denique Papinianus ait etiam si usuras « exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere ». Essi costituiscono nel rapporto del gestore di negozi verso l'interessato un capitale: fr. 58, §§ 1, 4, D. *de adm. tut.*, 26, 7 [fr. 58, § 1, riportato al § 29, nota 8, § 4: « Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum « ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras « debere curatores incipiant. respondit omnis pecuniae, quae ad curatores transit, « parem causam esse, quia omnis sors efficitur »].

(11) Fr. 29, D. *h. t.*, 22, 1. Marcianus, libro 14, *institutionum*: [« Placuit, « sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras: « quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi et licitas peti posse »].

(12) Cod. civ. germ., §§ 248, 289, 291. Cfr. anche Cod. comm., § 355, a tenore del quale si concede che gl'interessi contenuti nella somma residuale alla chiusura di un conto corrente producano nuovi interessi.

(13) Fr. 26 pr. D. *de cond. indeb.*, 12, 6; c. 18, Cod. *h. t.*, 4, 32: [« Si non « sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae « solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus Severus rescripsit (quo » iure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem « solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. proinde et si ante sors fuerit soluta,

II. — *Obbligo degli alimenti* (1).

§ 31. — **Alimenti immediati e mediati.**

I. — La pretesa degli alimenti (sostentamento) è diretta alla prestazione di ciò che si richiede per la vita dell'alimentando. Essa può limitarsi alla pura vita, cioè al sostentamento puramente necessario; alimenti di prima necessità, o i cosiddetti *alimenta naturalia*. Ma ove non sia prevista tale limitazione, spetta all'alimentando quanto gli è necessario alla vita secondo la sua condizione, o i cosiddetti *alimenta civilia*. Che cosa in ciò si comprenda, è a commisurarsi secondo le circostanze del caso. Di conseguenza deve anzitutto prestarsi ciò che è richiesto dalla materiale esistenza, cibo, vestito, abitazione e riscaldamento, e, nel caso di bisogno, medicinali; ma non meno poi anche ciò che è necessario all'educazione ed alla cultura dello spirito (2).

« usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. quid si « simul solverit? poterit dici et tunc repetitionem locum habere »; c. 18 cit.: « Indebitas usuras, etiam si ante sortem solutae non fuerint ac propterea minuere « eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa « iuris varietate repeti posse pensa ratione firmatum est »]. Cfr. PAULI, *sentent.* II, 14, 2: « Usurae supra centesimam solutae sortem minuunt: consumpta sorte « repeti possunt »; ed oltracciò l'ambiguo § 4, *eod.*: [« Usurae, quae centesimam « excedunt, per errorem solutae repeti possunt »].

(14) Le cedole d'interessi, che vengono rilasciate in forma di titoli al portatore, conservano la loro natura di titoli d' interessi. Certo la loro qualità di titoli al portatore importa, che tali interessi debbano essere corrisposti al possessore di buona fede anche se non esista o sia già estinto il debito capitale. All' incontro, poichè i medesimi si annunziano come interessi, non possono pretendersi interessi di mora in base ad essi. Trib. Imp. comm., vol. X, pag. 213; vol. XXIV, pag. 389. Cfr. però Cod. civ. germ., cap. 2°, periodo 2°.: [« Gl'Istituti di credito, che per l'ammontare dei mutui da loro concessi sono autorizzati a rilasciare delle obbligazioni al portatore fruttanti interessi, possono in tali contratti di mutuo farsi promettere anticipatamente il pagamento degli interessi sugl'interessi arretrati »].

(1) BÜNGNER, *Per la teoria e pratica dell' obbligo degli alimenti* [Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht], 1876; SCHANZE, *Sulla dottrina della pretesa alimentare* [Zur Lehre vom Alimentationsanspruch], nell'*Archiv. per la prat. civ.*, vol. LXIX, n. 5.

(2) Fr. 6. D. *de alimentis legatis*, 34, 1, IAVOLENUS, libro 2, ex Cassio: « Legatis alimenta cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali « corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur ». Che il romano Giavoleno non abbia menzionato il riscaldamento non deve far maraviglia, ma bensì che tutti in Germania, copiando ciecamente da quello, abbiano del tutto omesso, nella enumerazione dei singoli bisogni, di mentovare il bisogno del riscaldamento. Inoltre, se in Roma non si computano negli ali-

Il diritto agli alimenti può sorgere per contratto, per legato, per legge o per sentenza giudiziale.

II. — Si devono distinguere le pretese degli alimenti immediate e mediate (3).

1. La pretesa immediata obbliga direttamente al mantenimento dell'alimentando. Di tal fatta è tra l'altro l'obbligo legale dell'alimentazione degli ascendenti e discendenti reciprocamente (4). L'adempimento

---

menti le spese di educazione (come pure rilevasi dai ffr. 6, § 5, D. *de Carboniano edicto*, 37, 10; 4, D. *ubi pupillus*, 27, 2), ciò non prova di certo che lo stesso debba ritenersi, date anche le condizioni assai diverse del popolo tedesco. Per noi vale piuttosto la regola: non di solo pane vive l'uomo. [fr. 6, § 5, cit.: « Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras neces- « sarias impensas debet impendi pro modo facultatium »; fr. 4 cit.: « Qui filium « heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta lega- « verat nec quicquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis « et a propinquis pupillae perductus ad magistratum iussus est alimenta pupillae « et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus « dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa « solvit. quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta « pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit. respondi: existimo, etsi « citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit et liberalibus « artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine « tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere »]. Cfr. MANDRY, *Dr. dei beni di famiglia* [Familiengüterrecht], vol. I, p. 258. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 1610: « La misura del sostentamento che dev' essere accordato si determina secondo la condizione dell' alimentando (sostentamento conforme alla condizione della persona). — Il sostentamento abbraccia tutti i bisogni della vita, e per chi abbia bisogno della educazione anche le spese di tale educazione e dell'istruzione preparatoria per una professione ». Cfr. anche § 1708: [« Il padre del figlio naturale è obbligato ad assicurare ad esso il sostentamento corrispondente alla condizione della madre sino al compimento del sedicesimo anno di età. Il sostentamento comprende tutti i bisogni della vita, come pure le spese della educazione e della istruzione preparatoria per una professione. — Se il figlio all' epoca del compimento del sedicesimo anno di età non sia in istato, in conseguenza d' infermità fisica o mentale, a mantenersi da sè, il padre deve assicurargli il sostentamento anche oltre tale spazio di tempo; trova qui applicazione il disposto del § 1603, 1° capoverso ». — § 1603, cap. cit.: « Non è tenuto alla prestazione alimentare chi, avuto riguardo alle altre sue obbligazioni, non è in condizione tale da potere, senza pregiudizio del proprio sostentamento conforme alla sua condizione, assicurare il sostentamento all'alimentando] ».

(3) Questa distinzione è stata felicemente svolta particolarmente dallo SCHANZE, *loc. cit.* Egli discorre inoltre di alimenti « propri » ed « impropri ». I primi hanno per contenuto un *facere*, i secondi un *dare*.

(4) Cfr. però Cod. civ. germ., § 1612: [« Il sostentamento deve essere assicurato mediante la corrisponsione di una pensione pecuniaria. L' obbligato può chiedere che gli sia permesso di assicurare il sostentamento in altra guisa, se ciò è giustificato da particolari motivi. — Se i genitori debbano assicurare il sostentamento ad un figlio non coniugato, essi possono stabilire in qual modo e per qual tempo il sostentamento dev'essere anticipatamente assicurato... »].

di tale obbligo diretto può invero avvenire per mezzo di una prestazione in danaro, ma solo sotto il presupposto, che con ciò venga raggiunto lo scopo dell'alimentazione. Se a mo' d'esempio il danaro, mandato dal padre al figlio allo scopo di procacciargli il sostentamento, va perduto presso del figlio, senza suo dolo o colpa grave, questi ha diritto a nuova somministrazione. D'altra parte non si può pretendere il pagamento degli alimenti per il passato; infatti non occorre più provvedere per essi — *in praeteritum non vivitur*, dice un antico adagio. Però l'obbligato può essere costretto a prestare il risarcimento del danno, ed obbligato per l'*actio negotiorum gestorum* alla restituzione, di fronte ai terzi, che hanno anticipato gli alimenti od i mezzi per procacciarli (5).

2. L'alimentazione mediata consiste in somministrazioni stabilmente determinate per lo più di danaro, allo scopo di sostentamento dell'alimentando. L'obbligato qui non è mai tenuto a prestare altra cosa, o più di quanto è stato assegnato per l'alimentazione. Per tali obbligazioni devono pagarsi gli arretrati.

III. — Le pretese agli alimenti, delle due categorie, godono particolari favori:

a) Le transazioni sugli alimenti non ancora scaduti hanno bisogno della conferma giudiziale (6).

b) I crediti legali di alimenti non possono essere pegnorati dai terzi, a scopo di esecuzione forzata (7).

---

(5) Cfr. Cod. civ. germ., § 1613, diversamente il § 1711. [§ 1613: « L'avente diritto può richiedere per il passato l'adempimento od il risarcimento per il mancato adempimento, solamente da quel tempo, in cui l'obbligato è caduto in mora o la pretesa sugli alimenti è divenuta pendente ». § 1711: « Il sostentamento può essere domandato (dal figlio naturale) anche per il passato »].

(6) Marco Aurelio impose in una *Oratio* la necessità dell'assenso del pretore ai contratti sugli alimenti legati non ancora scaduti. Ciò non si riferiva agli altri alimenti e particolarmente a quelli assegnati mediante una liberalità tra vivi: fr. 8 pr., § 2, D. *de transact.*, 2, 15. [Fr. 8 cit. pr.: « Cum hi, quibus ali« menta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti: divus Marcus « oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, « quam si auctore praetore facta. solet igitur praetor intervenire et inter con« sentientes arbitrari, an transactio vel quae admitti debeat ». § 2: « Haec oratio « pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerit reclicta sive ad testa« mentum factis sive ab intestato. idem erit dicendum et si mortis causa donata « fuerint relicta vel ab eo, cui mortis causa donata sunt, relicta. sed et si con« dicionis implendae gratia relicta sunt, adhuc idem dicemus. plane de alimentis, « quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine praetore auctore transigi »]. Ma Gordiano nella c. 8 Cod. *de transactionibus*, 2, 4 dichiara senz'altro invalide le transazioni sugli alimenti futuri, prive dell'assenso del pretore. Ed in seguito a ciò la pratica del diritto comune riferisce il disposto a tutti gli alimenti o per lo meno anche agli alimenti legali [c. 8 cit.: « De alimentis praeteritis si quaestio « defertur, transigi potest, de futuris autem sine praetore seu praeside interpo-

Capitolo IV.

Luogo e tempo dell'adempimento.

§ 32. — Luogo dell'adempimento (1).

Il luogo dell'adempimento è quello, in cui la prestazione dovuta deve essere eseguita, ed essere accettata dal creditore.

Esso può essere fissato ovvero lasciato libero.

1. Il luogo può essere stabilito con patto espresso, per es., « 1000 pagabili a Berlino » (2-3).

« sita transactio nulla auctoritate iuris censetur »]. Cfr. Trib. Imp., vol. IV, p. 209, Oertmann, *La transazione* [Der Vergleich], 1895, § 30, Cod. civ. germ., § 1714.

(7) Legge di procedura civile, § 850, n. 2. Intorno ad altre caratteristiche dei debiti di alimenti, cfr. Schanze, *loc. cit.*, pag. 241.

(1) Reatz, *La teoria del luogo dell'adempimento* [Die Lehre vom Erfüllungsorte], 1862; Schulin, *Per la teoria del luogo dell'adempimento e del foro competente per l'obbligazione* [Zur Lehre vom Erfüllungsorte und vom Gerichtstande der Obligation], 1879; Giovanni Burchard, *Per la teoria del luogo dell'adempimento* [Zur Lehre vom Erfüllungsorte], 1880; G. Melchior, *Sul luogo dell'adempimento nei rapporti obbligatori, e particolarmente nelle vendite a distanza*, [Ueber den Erfüllungsort bei Obligationverhältnissen insbesondere bei Distanceverkäufen], Diss. inaug. Univ. Gott. 1892.

(2) Nei negozi bilaterali il luogo dell'adempimento può essere diverso per ambo le parti, cfr. Tr. imp., vol. IX, pag. 353. Sul caso in cui il luogo dell'adempimento sia determinato alternativamente, cfr. fr. 2, § 3, D. *de eo quod certo loco*, 13, 4 [«... quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuae, si « fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper « enim alium locum electurum: sic evenire, ut sic in ipsius arbitrio, an debeat: « quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione: damus igitur « actori electionem petitionis. et generaliter definit Scaevola petitorem electionem « habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. proinde mixta, « inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris ele- « ctionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reser- « vare reo optionem »]. Sul luogo dell'adempimento pel fideiussore, cfr. Trib. Imp., vol. X, pag. 284.

(3) Riguardo a ciò, che il pagamento debba essere prestato al luogo determinato, e che l'offerta della cosa dovuta in un luogo diverso possa essere respinta dal creditore, cfr. fr. 9 D. *de eo quod*, 13, 4, fr. 122 pr. D. *de V. O.*, 45, 1, c. 9, C. *de sol.*, 8, 42. [fr. 9 cit.: « Is qui certo loco dare promittit nullo alio « loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest ». Fr. 122 cit.: « Qui Romae mutuam pecuniam acceperat solvendam in longinqua provincia per « menses tres eamque ibi dari stipulanti spopondisset, post paucos dies Romae « testatò creditori dixit paratum se esse Romae eam numerare detracta ea summa,

Non di rado l'oggetto del negozio determina necessariamente il luogo dell'adempimento; per es., quando siasi promessa la consegna o la coltivazione di un determinato fondo. Spesso risulta in modo convincente dalle circostanze, dagli usi commerciali, o dalla natura dell'obbligazione. In particolare l'obbligazione della consegna o restituzione di una determinata cosa mobile deve di regola adempirsi, dove appunto si trova la cosa senza colpa del debitore (4-5).

2. Se il luogo dell'adempimento non è fissato, il debitore può prestare in qualunque luogo non disadatto, così dunque nel luogo della propria abitazione. Se il creditore, sulla richiesta del debitore, non si ritrovi nel luogo adatto della prestazione, da questo ultimo scelto, cade in mora.

« quam creditori suo usurarum nomine dederat. quaesitum est, cum in integrum « summam, qua stipulatione obligatus est, optulerit, an eo loco, in quo solvenda « promissa est, sua die integra peti posset. respondit posse stipulatorem sua die « ibi, ubi solvendam stipulatus est, petere ». c. 9 cit.: «... Sed ita demum oblatio « debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata »].

(4) Anche il Cod. civ. germ., § 269 dà a tutto ciò la maggiore importanza. — In particolare, colui che sarebbe tenuto al risarcimento dei danni deve anche riguardo al luogo dell'adempimento eseguire la prestazione in modo, che il danno sia escluso; ad un viaggiatore, ad esempio, cui vada smarrita la sua valigia, questa deve essere spedita al luogo di destinazione di lui, da chi sarebbe tenuto al risarcimento del danno. Cfr. inoltre Tr. Imp., vol. X, pag. 93.

(5) Fr. 12, § 1, D. *depositi* 16, 3. Pomponius, libro 22, *ad Sabinum*: « Depo« situm eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depo« situm est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt commu« niter et in omnibus bonae fidei iudiciis. sed dicendum est, si velit actor suis « impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit ». Cfr. fr. 11, § 1, D. *ad exibendum*, 10, 4; fr. 26, § 1, fr. 47 pr., § 1, fr. 108, D. *de leg.*, 1 [fr. 11, § 1 cit.: « Quo autem loco exhiberi rem oporteat vel cuius sumptibus, « videamus. et Labeo ait ibi exibendum, ubi fuerit cum lis contestaretur, peri« culo et inpendiis actoris perferendam perducendamve eo loci ubi actum sit...» fr. 26 cit.: « Si certum corpus heres dare damnatus sit nec fecerit, quo minus « ibi ubi id esset traderet, si id postea sine dolo et culpa heredis perierit, dete« rior fit legatarii condicio ». Fr. 47 pr., § 1: « Cum res legata est, si quidem « propria fuit testatoris et copiam eius habet, heres moram facere non debet, « sed eam praestare. sed si res alibi sit quam ubi petitur, primum quidem constat « ibi esse praestandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit: nam si alibi « voluit, ibi praestanda est, ubi testator voluit vel ubi verisimile est eum voluisse: « et ita Julianus scripsit tam in propriis quam in alienis legatis. sed si alibi « relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius: nisi ibi prae« stetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine: ceterum si sine dolo, « ibi praestabitur, quo transtulit. Sed si id petatur quod pondere numero men« sura continetur, si quidem certum corpus legatum est, veluti frumentum ex « illo horreo vel vinum ex apotheca illa, ibi praestabitur ubi relictum est, nisi « alia mens fuit testantis: sin vero non fuit certa species, ibi erit praestandum « ubi petitur »].

Il creditore da parte sua, se il debitore non esegue la prestazione, può fissare il luogo dell'adempimento, sotto l'aspetto del luogo dell'azione, coll'intentare l'azione nella giurisdizione del debitore (6).

Il Codice civile (7), concordando essenzialmente col diritto commerciale, pone i seguenti principii: *a*) La prestazione deve seguire nel luogo, in cui il debitore al tempo della nascita del rapporto obbligatorio aveva il suo domicilio; pei debiti riguardanti la sua industria,

---

(6) I due principii formulati nel nostro testo vengono affermati nel fr. 2, § 3, D. *de eo quod certo loco,* 13, 4: «.....et generaliter definit Scaevola: petitorem « electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem ». Veramente Ulpiano riporta la sentenza di Scevola ad occasione di un rapporto affatto particolare, ma essa viene espressamente designata come *generalis*: come tali i Romani intendono le regole, che hanno un valore generale. Con essa infatti si accordano anche tutte le altre testimonianze delle fonti. Il debitore pone in mora il creditore con ogni offerta, la quale non avvenga « *inopportuno loco* »: fr. 39, D. *de solutionibus,* 46, 3; da ciò risulta che egli è autorizzato a prestare in ogni luogo che non sia disadatto. [Fr. 39 cit.: « Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo « signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi « eam fore Mela libro decimo scribit. quod verum est, cum eo tamen, ut illud « maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continenti probaretur: nam « tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere « nolles. in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim, si « inopportuno tempore vel loco optulerim?..... »]. Oltracciò vien deciso parecchie volte, che il debitor debba eseguire la prestazione al luogo dell'azione, se il luogo dell'adempimento non sia fissato dall'obbligazione. Così segnatamente nel fr. 1, D. *de annuis legatis*, 33, 1. Pomponius, libro 5, *ad Sabinum*: « Cum in annos singulos quid legatum sit, « neque adscriptum quo loco detur: quocumque loco petetur dari debet, « sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur ». Vedi anche fr. 22, D. *de rebus creditis*, 12, 1, fr. 4, D. *de condictione triticaria,* 13, 3 [fr. 4 cit.: « Si merx « aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, « tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: « si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. idemque iuris « in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de « loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. quo et de ceteris rebus « iuris est »]. Concorda con ciò il Cohn, *L'actio de eo quod certo loco*, pag. 103. Nel rimanente le opinioni dei moderni scrittori sono assai divise. Molti per « *petere* » non intendono « agire », ma « richiedere ». Essi recano con ciò violenza alle fonti; così particolarmente riguardo al fr. 2, § 3, D. *de eo quod certo loco*, 13, 4 sopra riferito. Il risultato, al quale essi pervengono con tale interpretazione, è poco pratico. Il Windscheid (particolarmente vol. II, § 282, nota 5) ritiene, che il creditore possa richiedere la prestazione anche stragiudizialmente in ogni luogo, dove si trovi stabilito un domicilio giudiziario del debitore. Così il creditore avrebbe un diritto di scelta tra i diversi fori del debitore, cfr. Legge di Proc. civ., § 12 sgg., il quale diritto egli potrebbe esercitare anche prima della scadenza del credito. Ciò potrebbe ridondare a grave molestia del debitore. Diversamente di nuovo il Puchta, *Pand.*, § 246, nota *i*; Savigny, *Dr. Ob.* [Obligationenrecht], vol. I, pag. 513 ed il Brinz, vol. II, pag. 453.

(7) §§ 269, 270.

dove egli aveva il suo stabilimento industriale. *b)* Il danaro deve essere nel dubbio trasmesso, a rischio e spese del debitore, al creditore nel domicilio attuale, e pei debiti industriali al suo attuale stabilimento industriale. I debiti di danaro sono dunque i cosiddetti *Bringschulden* (debiti a portare), non già *Holschulden* (debiti a prendere). Nei mutamenti del suo domicilio o della sua residenza industriale, dopo la nascita del rapporto obbligatorio, il creditore deve sopportare le maggiori spese ed i rischi che ne derivano.

3. Dal luogo dell'adempimento bisogna distinguere nel diritto odierno il luogo di destinazione, cioè il luogo al quale il debitore deve spedire una cosa.

Così nei negozi di vendita di commercianti con forastieri s'intende da sè, come spetti al venditore di spedire al compratore la merce venduta, a rischio e spese di questi.

Con ciò non viene mutato il luogo dell'adempimento, ma in simili negozi, accanto al luogo dell'adempimento, viene in considerazione anche il luogo della consegna o di destinazione.

§ 33. — **Luogo dell'azione e luogo dell'adempimento.**

I. — Secondo il diritto romano antico per un credito che doveva essere soddisfatto in un certo luogo, si poteva agire soltanto in quel luogo e non altrove (1).

Ciò è meno sorprendente di quanto sembri a prima vista.

Infatti se, per es., per un credito di vino od olio, od anche di danaro, pagabile in Efeso, s'intentava l'azione in Roma, e doveva seguire la condanna in danaro, a cui mettevano capo le azioni romane, non era possibile porre a fondamento di essa il valore, che gli oggetti della controversia avrebbero avuto se si fossero dovuti consegnare in Roma. Con ciò si sarebbe aggiudicato qualcosa di diverso, di quel che era dovuto. Piuttosto dovevasi indagare, che cosa valeva in Roma, luogo dell'azione, un credito di una prestazione in Efeso. Ma ciò poteva farsi con sicurezza, solo quando si fossero conchiusi negozi così numerosi di simil genere, che si fosse stabilito per essi un prezzo corrente, un corso su Efeso. Ancora nulla di tutto ciò nel tempo più antico di Roma. Veniva

---

(1) Fr. 1, D. *de eo quod certo loco*, 13, 4 [« Alio loco, quam in quem sibi « dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. sed quia « iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, « numquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario « distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem « actionem in eam rem comparare »].

quindi allora riguardata come impossibile l'azione in un luogo diverso dal luogo determinato per l'adempimento.

Ciò portava seco rilevanti inconvenienti. Poichè per l'introduzione del giudizio romano si richiedeva la personale presenza del debitore, al luogo dell'azione. Al debitore quindi bastava solo di non farsi cogliere al luogo determinato per l'adempimento, per sfatare in generale la possibilità di un'azione.

Ma dopo che occorsero spesso dei negozi intorno ad oggetti consegnabili in altra piazza, e che si formò in Roma un corso di essi, il pretore creò l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, la quale potevasi intentare in ogni domicilio giudiziario del convenuto, e nella quale alla condanna in danaro ponevasi a base quel corso, od un altro particolare interesse, altrimenti dimostrabile (2).

II. — La procedura odierna conosce un particolare foro del luogo dell'adempimento (3): ma l'azione può anche essere promossa in altri domicilii giudiziarii del debitore.

Ma dovunque si agisca, sempre, secondo i principii generali del diritto odierno, devesi anzitutto richiedere l'adempimento al luogo determinato, e ad esso riferirsi la condanna (4). Una condanna in danaro ha luogo di regola soltanto, quando il creditore è autorizzato a reclamare un risarcimento in danaro per l'inosservanza del tempo della consegna, ed inoltre se al conseguimento della prestazione nel luogo dell'adempimento si oppongano degli ostacoli. Essa deve aver riguardo all'interesse congiunto al luogo. Ed invero vanno considerate tanto le differenze di corso vantaggiose, quanto quelle svantaggiose per il creditore (5).

---

(2) Cfr. Tit. Dig. *de eo quod certo loco*, 13, 4, c. *un.* C. *h. t.*, 3, 18. Le diverse opinioni sulle cause della precedente condizione di cose, e della necessità di una particolare azione, sono insieme raccolte da Massimiliano Cohn, *L'actio de eo quod certo loco*, pag. 5 sgg. Che l'azione esistesse al tempo di Labeone, risulta dal fr. 2, § 8, D. *h. t.*, 13, 4. È del resto incerto, quando essa venne introdotta. Riguardo alla formula vedi il Lenel, *Contributi alla nozione dell'Editto pretorio* [Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes], 1878, pag. 55 sgg. ed *Edictum perpetuum*, pag. 191. L'azione viene designata come *arbitraria*, cfr. vol. I, § 133, nota 2. Nei *bonae fidei iudicia* non vi era bisogno di una particolare formula dell'azione.

(3) Legge di proc. civ., § 29.

(4) Waechter, *Disertazioni* (Erörterungen), fascicolo II, p. 123; Cohn, *loc. cit.*, pag. 205.

(5) Fr. 2, § 8, D. *h. t.*, 13, 4; c. un. C., *h. t.*, 3, 18 [fr. 2, § 8, cit.: « Nunc de « officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat « servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei « Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus « Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit

§ 34. — Tempo della prestazione.

1. Il credito è scaduto, dal tempo in cui si può pretendere la prestazione (1).

La scadenza sopravviene di regola immediatamente col sorgere dell'obbligazione (2). Ma una dilazione può risultare dalla natura della prestazione dovuta, ovvero intendersi tacitamente, secondo le consuetudini od altre circostanze, o essere particolarmente stabilita (3).

« interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si « traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecu- « niam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora « tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? in « hanc arbitrariam quod interfuit veniet, et quidem ultra legitimum modum usu- « rarum. quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius « damni? puto et lucri habendam rationem »; c. un., cit.: « Qui certo loco se « soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione et « in alio loco potest conveniri: in qua venit aestimatio, quod alterutrius inter- « fuit suo loco potius quam in eo in quo petitur solvi »].

(1) Scaduto che sia il credito, dicono i Romani: *dies venit.* Cfr. su questa espressione, vol. I, § 114 nota 7.

(2) Fr. 213, D. *de V. S.*, 50, 16: « ... ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit « et venit dies »; fr. 41, § 1, D. *de V. O.*, 45, 1; fr. 14, D. *de R. I.*, 50, 17 [fr. 41, § 1, cit.: « Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti « die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo « possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: « ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore »; fr. 14, cit.: « In omnibus obligatiouibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur »]. Così pure il Cod. civ. germ., § 271, 1° capoverso.

(3) Fr. 73, D. *de verb. obbl.*, 45, 1. Paulus, libro 24, *ad edictum*: « Interdum « pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id qnod in utero sit aut « fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit »; cfr. ffr. 14, 60, 73, 98, § 1, 137, § 2, D. *eod.* [fr. 14, cit.: « Si ita stipulatus essem abs te ‘ domum aedifi- « cari? ’ vel heredem meum damnavero insulam aedificare, Celso placet non ante « agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedificari posset: « nec fideiussores dati ante diem tenebuntur »; fr. 60, cit.: « Idem erit et si « Capuae certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam eius temporis fit aesti- « matio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri « potuit »; fr. 98, § 1 cit.: « Ex hac stipulatione: ‘ insulam fulciri spondes? ’ « quando nascatur actio, quaeritur. et utique non est exspectandum, ut ruat: nec « enim nihil stipulatoris interest fultam potius esse, quam non esse: nec tamen « recte agetur, si nondum praeterierit temporis tantum, quo fulcire potuerit re- « demptor »; fr. 137, § 2, cit.: « Cum ita stipulatus sum ‘ Ephesi dari? ’ inest « tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. et magis est, ut totam eam rem « ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore « diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui

2. È frequente la clausola dell'intimazione, con o senza termine per essa (4).

L'intimazione è una dichiarazione unilaterale; essa può aver luogo stragiudizialmente, o per l'intervento dell'autorità giudiziaria. Avviene anche quando s'intenta l'azione. Di regola dev'essere incondizionata (5). Essa parte ora dal creditore o dal suo procuratore, ora dal debitore o dal suo procuratore, e si compie col ricapito all'intimato, o ad un procuratore incaricato dell'accettazione di essa (6-7). È nel concetto di tale istituto, e risponde alla lealtà del commercio, di trattare colui, che si sottrae all'intimazione, come se fossegli stata recapitata (8). L'intimazione ha del resto ora lo scopo di por fine ad un rapporto durevole, come, p. es., ad una locazione, o ad una società; ora il

« Ephesi daturum se spoponderit, neque duplomate diebus ac noctibus et omni tem- « pestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut « reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus vale- « tudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique « eiusdem condicionis homines solent pervenire. eoque transacto, quamvis Romae « remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, « vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium « Ephesi possit dari vel quia ubique potest solvere : nam et quod in diem debetur, « ante solvi potest, licet peti non potest. quod si duplomate usus aut felici navi- « gatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, « quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus »].

(4) Cfr. Dernburg, *Diritto civile* (Bürgerliches Recht), vol. II, § 55. W. Immerwahr, *L'intimazione* (Die Kündigung), 1898.

(5) Trib. Imp, comm., vol. IV, pag. 341 ; Immerwahr, *loc. cit.*, pag. 80.

(6) È giuridicamente obbligatoria per l'intimato solo quella intimazione, sulla quale egli possa contare. Perciò il Cod. civ. germ. dispone al § 174 : « Il negozio giuridico unilaterale, che il rappresentante imprende di fronte ad un terzo, è inefficace, se il rappresentante non presenta l'atto di procura, e l'altro per tale motivo respinga immantinenti il negozio giuridico. Tale rigetto è escluso, se il mandante aveva dato notizia al terzo della procura conferita.

(7) Sulla intimazione ad opera di un gestore di negozi privo di mandato cfr. Cod. civ. germ., § 180 [« In un negozio giuridico unilaterale è inammissibile la rappresentanza senza mandato. Se però colui, di fronte al quale tale negozio doveva intraprendersi, non ha contestato, alla intrapresa del negozio, la rappresentanza asserita dal rappresentante, od ha consentito che il rappresentante agisse senza mandato, trovano corrispondente applicazione le norme sui contratti. Lo stesso vale quando viene intrapreso un negozio giuridico unilaterale di fronte ad un rappresentante privo della veste di rappresentanza, con l'intesa di questi »].

(8) Deve anche qui applicarsi la regola del fr. 161, D., *de R. I.*, 50, 17 : cfr. vol. I, § 109, nota 8 ; Immerwahr, *loc. cit.*, pag. 83 [fr. cit. : « In iure civili « receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat « quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad « libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis « stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo « minus stipulator condicioni pareret »].

compito, di cui qui si tratta, di procurare la fissazione della scadenza di un credito.

3. Il termine si considera, nel dubbio, stabilito esclusivamente nell'interesse del debitore (9). Egli può quindi anche anticipatamente costringere il creditore all'accettazione del pagamento (10); ma un diritto al diffalco degl'interessi intermedi, o sconto, egli ha soltanto, quando sia stato convenuto, o sia conforme agli usi (11). Il termine può stare anche nell'interesse di ambo le parti, ed allora il creditore può respingere l'anticipata prestazione, al modo stesso ch'egli non può richiederla. E tale deve attualmente ritenersi di regola l'intenzione delle parti nei crediti fruttiferi, specialmente per quelli garantiti da ipoteca. Si ha persino il termine nell'interesse soltanto del creditore. Così deve ad es., intendersi un deposito sino ad un'epoca stabilita. Infatti in tal caso il depositario diviene contrattualmente obbligato a custodire la cosa per il deponente sino al tempo convenuto, salvochè siansi presentati particolari motivi, che giustifichino l'anticipata restituzione; ma il deponente rimane in ogni tempo autorizzato alla ripetizione (12).

---

(9) Fr. 41, § 1, D. *de V. O.*, 45, 1 « ..... apparet diei adiectionem pro reo « esse, non pro stipulatore » ; fr. 38, § 16, D. eod. fr. 70 D. *de solutionibus*, 46, 3; fr. 17, D. *de reg. iur.*, 50, 17 [fr. 70, cit: « Quod certa die promissum « est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promissori « liberum relinqui intelligitur »; fr. 17, cit.: « Cum tempus in testamento adicitur, « credendum est pro herede adiectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in « stipulationibus promissoris gratia tempus adicitur »]. Così pure il Cod. civ. germ., § 271, 2° capoverso.

(10) Fr. 15, D. *de annuis legatis*, 33, 1; fr. 43, § 2, D. *de leg. II* [fr. 15 cit.: « Iavolenus eum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam ante diem « restituerat, respondit, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri « non posset, in diem fideicommissum relictum probetur et perdituro ei id heres « ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse: quod si tempus heredis causa « prorogatum esset, ut commodum medii temporis ipse sentiret, liberatum eum « intellegi: nam et plus eum praestitisse quam debuisset »; fr. 43 cit.: « Pegasus « solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post « annos decem, interesse, cuius causa tempus dilatum sit, utrumne heredis, quo « casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus puber- « tatis ei qui impubes sit fideicommissum relictum sit, tunc enim fructus prae- « standos et antecedentis temporis. et haec ita intellegenda sunt, si non nominatim « adiectum est, ut cum incremento heres fideicommissum praestet »].

(11) Così anche il Cod. civ. germ., § 272 [« Se il debitore paga prima della scadenza un debito infruttifero, egli non è autorizzato ad una ritenuta per gl'interessi del tempo intermedio «].

(12) Fr. 1, §§ 45, 46, D. *depositi*, 16, 3 [« Si deposuero apud te, ut post « mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum « enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere. Proinde et « si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus « agere depositi, ego mutata voluntate »]. Cod. civ. germ., §§ 695, 696.

4. Soltanto in tempo conveniente (nei negozi commerciali solo nelle ore di affari) può essere reclamato od offerto l'adempimento, salvochè l'altra parte non si acconci anche ad un tempo inopportuno (13).

§ 35. — Significato giuridico della prefissione del termine.

L'intenzione delle parti nella prefissione dei termini può essere, o che al creditore sia lecito di richiedere ciò che gli si deve dalla scadenza in poi, ovvero che il debitore debba offrire ciò che deve al termine della scadenza. La prima ipotesi vale in generale come la regola (1).

L'osservanza del termine stabilito dal contratto ha vario significato.

1. Essa è di regola un semplice dovere. Il debitore deve prestare in tempo debito. Tuttavia il creditore deve accettare anche una tardiva offerta dell'oggetto, solo che a lui nel tempo stesso si offra un risarcimento per il danno derivato dal ritardo.

2. Ma il preciso tempo può costituire anche una condizione della prestazione. Il creditore è allora autorizzato, nel caso della mancata osservanza del termine, a recedere dal contratto, invece di richiederne l'adempimento.

Se il tempo dev'essere condizione della prestazione, esso viene per lo più stabilmente determinato. Ciò avviene ora con una certa libertà, per es., quando si prometta qualche cosa da prestarsi « all'apertura della navigazione » ovvero « nella stagione autunnale » (2), ora in modo, che si pattuisce con precisione il giorno od anche l'ora dell'adempimento. Negozi di tal fatta sono i negozi a data fissa del traffico commerciale, cioè le vendite a tempo, che costituiscono dei negozi commerciali, nei quali viene precisamente determinato il tempo della consegna (3).

Che l'osservanza del tempo debba essere condizione della prestazione, viene a volte espressamente manifestato, per es., mediante

---

(13) fr. 39, D. *de solut.*, 46, 3, verb. « *opportuno tempore* »; Cod. comm., § 358.

(1) Nel diritto odierno però questa regola non vale nel caso dell'apposizione di un *dies certus*. Cfr. sotto § 40.

(2) Nella locazione dev'essere tollerato un indugio di pochi giorni per lo sgombero dell'abitazione. Un maggiore indugio dà diritto alla risoluzione; fr. 24, § 4, D. *locati*, 19, 2 [« ... quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit « omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora « minuet... »]. Cfr. ancora Trib. Imp. comm., vol. VII, pag. 386; vol. IX, pag. 407; Trib. Imp., vol. I, pag. 62; Cod. civ. germ., § 542, 2° capoverso.

(3) Cod. comm., § 376; vedi anche Trib. Imp. comm., vol. XXIV, pag. 194.

l'aggiunta della cosidetta clausola risolutiva, per la quale il venditore od il compratore sono vincolati solamente, se l'altro contraente adempie da parte sua nel tempo determinato. Tale intenzione può anche altrimenti risultare in modo preciso dalla specie e dalle circostanze del contratto (4).

Non di rado si deve ricavare il valore attuale di un credito infruttifero, che scade solo in futuro. Tra l'altro ciò diviene necessario per i crediti concorrenti nel fallimento del debitore. Quel valore è uguale alla somma, che impiegata ad interessi, aggiuntivi gl'interessi decorrenti, darebbe al giorno della scadenza l'ammontare nominale del credito. La differenza tra questa somma e l'importo nominale del credito si chiama *interusurium*, ovvero interessi intermedi (5).

---

(4) Secondo il Cod. civ. germ., § 361, nei contratti bilaterali l'altra parte è autorizzata a recedere dal contratto, se la prestazione della controparte non ha luogo al « tempo esattamente determinato », ovvero « entro il termine stabilito ».

(5) Si sono proposti parecchi metodi, per il calcolo dell'*interusurium*: *a*) Il cosiddetto metodo di Carpzovio, al quale facevano omaggio anche i giuristi romani, fr. 88, § 3, D. *ad legem Falcidiam*, 35, 2, procede in maniera semplice, ma inesatta. Esso calcola l'interesse della somma dovuta, dal presente sino al giorno della scadenza, e sottrae questo *interusurium* dall'importo nominale del credito. Secondo tale metodo un credito pagabile tra 20 anni, ponendo a base l'interesse usuale del 5 $^{0}/_{0}$ avrebbe il valore di zero. Da ciò si manifesta in modo palpabile l'inesattezza di tale metodo; *b*) È indubitato, nè oggi viene più posto in dubbio, che piuttosto deve ricavarsi la somma, la quale, impiegata ad interessi, raggiunga al giorno della scadenza l'importo nominale del credito in questione. Su questa base posano due metodi. L'uno ha per autore il Leibniz, nella sua *Meditatio juridico-matematica: de interusurio simplici*. Con esso si ottiene la somma, cui, se si aggiungono gl'interessi e gl'interessi degl'interessi sino alla scadenza, raggiunge la somma dovuta nel suo importo nominale. L'Oettinger nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. XXIX, n. 2, cerca di provare la matematica esattezza di questo metodo. Cfr. anche Keil, *L'interusurium*, 1854. Ma chi la volle mai porre in dubbio? Pur nondimeno il metodo Leïbniziano riesce troppo duro pel creditore. Infatti questi, se la relativa somma gli viene attualmente pagata ed egli la impieghi ad interesse, non è punto in grado di riscuotere sempre puntualmente gl'interessi alla loro scadenza, e d'impiegarli sempre di nuovo immediatamente ad interesse; *c*) Corrisponde perciò maggiormente all'equità il cosiddetto metodo Hoffmann, che G. A. Hoffmann propose nel suo libro *Prudenza nell'amministrare* [Klugheit Haus zu halten], 1731. Il suo metodo pone a base la somma, che con l'aggiunta degl'interessi rende al giorno della scadenza l'importo nominale. La legge del fallimento al § 65 ha adottato questo metodo di calcolo per il fallimento; il Cod. civ. gli dà generale applicazione; cfr. §§ 1133, 1217 [§ 1133 cit.: « ... Se il credito è infruttifero e non ancora scaduto, spetta al creditore solo la somma che, coll' aggiunta degli interessi per il tempo dal pagamento sino alla scadenza, raggiunge l'ammontare del credito »].

Capitolo V.

Colpa, mora, risarcimento dei danni, pena convenzionale.

I. — *Colpa* (1).

§ 36. — La colpa nelle obbligazioni contrattuali.

La rigorosa responsabilità dei debitori per le loro prestazioni contrattuali è di sprone all'esatto adempimento del contratto, e giova così alla floridezza ed alla fiducia del commercio.

Già nella più antica epoca di Roma ciò veniva vivamente sentito. In non pochi casi le azioni penali delle leggi, più tardi anche dei magistrati, reagivano contro l'infedeltà, e l'improbità. A prescindere da ciò, i creditori dovevano, alla conclusione del contratto, assicurarsi contro i pericoli della mancata od insufficiente prestazione, mediante speciali stipulazioni penali. Queste divennero sempre e dappertutto usuali (2).

---

(1) Sulla colpa in generale, cfr. vol. I, § 86. Ivi, nota 3, è citata la principale bibliografia. Deve ad essa aggiungersi: Ihering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*. [Das Schuldmoment in römischen Privatrecht] 1867, nei suoi *Scritti misti* [Vermischte Schriften], 1879, pag. 155 sgg.

(2) Le stipulazioni penali erano in ispecie usuali, quando trattavasi dell'obbligo di « dare » un determinato oggetto, cfr. fr. 69. D. *de verb. obl.*, 45, 1. In particolar modo era cosa affatto ordinaria, di assicurarsi contro il caso dell'evizione della cosa venduta, mediante la stipulazione del doppio del prezzo. Ed appena accadeva mai, che si pattuisse un fatto, per esempio, la costruzione di una nave, senza aggiungervi una pena, pel caso della mancata prestazione. § 7, I. *de verb. oblig.*, 3, 15; fr. 44, § 6, D. *de obl. et act.*, 44, 7. [Fr. 69 cit.: « Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, « quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, « poenam stipuletur » ; § 7, I. cit.: « Non solum res in stipulatum deduci possunt, « sed etiam facta : ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in eiusmodi stipu- « lationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto « sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. itaque si quis ut fiat aliquid « stipuletur, ita adici poena debet : ' si ita factum non erit, tum poenae nomine « decem aureos dare spondes? ' sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una « eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: ' si adversus « ea factum erit sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos « dare spondes? ' » ; fr. 44 cit: « Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, « centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et « existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi « novatio prioris fiat? quod magis verum est »].

Nel rimanente la responsabilità per colpa, nel diritto più antico, era incompleta e poco sufficiente.

A poco per volta, tra i conflitti degl'interessi nella lotta delle classi sociali, le cui tracce non sono ancora cancellate del tutto al tempo dei giuristi classici (3), si addivenne allo sviluppo di principii giuridici, che elevarono a regola la responsabilità dei debitori contrattuali per qualunque colpa.

Queste norme in generale non sono coattive. Le parti possono quindi con patti attenuare od aumentare la loro responsabilità. Ma due regole divennero le basi invariabili del diritto.

1. Il debitore contrattuale è per lo meno tenuto pel dolo. I patti, pei quali non si risponde del dolo sono nulli; ciò venne stabilito dall'autorità di Celso (4). Di conseguenza non si può carpire una patente d'immunità pel dolo futuro; però il creditore può abbandonare le sue pretese pel dolo commesso.

2. La negligenza grave è equiparata al dolo. Questa massima, secondo l'opinione esatta, vale di regola per il diportamento extracon-

---

(3) L'eco di ciò risuona ancora, ad esempio, nel fr. 13, § 1, D. *de pign. act.*, 13, 7; ULPIANUS, libro 38, *ad edictum*. « Venit autem in hac actione et dolus « et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit ». Tale energica accentuazione, che il creditore debba rispondere per la colpa, come nel commodato, accenna alle pretensioni dei capitalisti, di voler rispondere soltanto del dolo, se i pegni loro dati subivano del danno; d'altra parte il reciso diniego di ogni responsabilità del creditore per il semplice caso fortuito, accenna al fatto, che i debitori, i quali richiedevano i loro pegni, dopo la estinzione dei loro debiti, non volevano saperne di alcun ricorso del creditore al fortuito perimento. S'imponeva infine al creditore non solo la responsabilità per la *culpa*, ma anche per la « *custodia* », talchè risultava come conforme al diritto, che « ea igitur, quae « diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur »; PAULUS, libro 29 *ad edictum*, fr. 14, D. *h. t.*, 13, 7.

(4) Fr. 23, D. *de R.*, I. 50, 17. ..... haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit) excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est. Fr. 27, § 3, D. *de pactis*, 2, 14; fr. 17 pr., D. *commodati*, 13, 6; fr. 1, § 7. D. *depositi*, 16, 3; fr. 6, § 9, D. *d. a. e. v.*, 19, 1. [Fr. 27 cit.: « Illud « nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur « ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum « proderit »; fr. 17 cit.: « In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata « non est »; fr. 1 cit.: « Illud non probabis dolum non esse praestandum si « convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores « est et ideo nec sequenda est »; fr. 6, § 9 cit., riportato al § 99, nota 24]. In senso concorde il Cod. civ. germ., § 276, cap. 2: [« La responsabilità pel dolo non può in precedenza essere rimessa al debitore »].

trattuale come anche per i contratti (5-6-7). Nelle azioni penali pure, per es. nell'*actio furti*, essa non era applicabile.

---

(5) La normale parificazione della *lata culpa* e del *dolus* veniva riconosciuta dalla più antica dottrina, sin dall'epoca dei glossatori. Nell'epoca moderna, essa è stata profondamente sostenuta da Fr. MOMMSEN, *Dissertazioni* [Erörterungen], fascicolo 2, pag. 175 sgg. A lui inclina il WINDSCHEID, vol. I, § 101, nota 10. Molti dei moderni però ritengono, che la regola abbia solo un valore limitato. Così IHERING nei suoi *Annali*, vol. IV, pag. 12, PERNICE, *Labeone*, vol. II, pag. 425, e recentemente in ispecie il BURCKHARDT, *Parificazione del* dolus *e della* lata culpa [Gleichstellung von d. und l. c.], 1885. Ivi a pag. 31 trovansi delle citazioni bibliografiche.

(6) In favore della normale parificazione della *lata culpa* col *dolus*, nel campo del diritto privato, sta il fatto, che essa viene riconosciuta in numerose applicazioni, e propriamente non per motivi desunti dalla particolare natura dei relativi rapporti, ma pel motivo generale, che « *dissoluta neglegentia prope dolum est* », fr. 29 pr. *mandati*, 17, 1, perchè « *lata culpa plane dolo comparabitur* », fr. 1, § 1, D. *si mensor*, 11. 6. Già Nerva, il quale, per quanto sappiamo, sostenne per il primo la nostra regola, diceva addirittura « *latiorum culpam dolum esse* », fr. 32 D. *depositi* 16, 3, e PAOLO, libro 1 *manualium*, fr. 226, D. *de V. S.*, 50, 16 dice « *magna culpa dolus est* ». I giuristi romani applicano perciò la regola anche ai casi di grave colpa extracontrattuale. Così particolarmente il fr. 1, § 2, D. *si is qui testamento*, 47, 4. Cfr. anche fr. 1, § 1, D. *si mensor*, 11, 6, fr. 8, § 3, *de precario*, 43, 26. [Fr. 1 cit. pr.: « Si dolo malo eius, qui liber esse iussus « erit, post mortem domini ante aditam hereditatatem in bonis, quae eius fuerunt, « qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis « ad heredem aliquid perveniret: in eum intra annum utilem dupli iudicium « datur »; § 2: « Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissi- « passe proponatur. culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata « est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. proinde si quid damni dedit « sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum « qualiterqualiter dederit..... »; fr. 1, § 1 cit.: « Haec actio dolum malum dum- « taxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus « solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. proinde si impe- « rite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, « aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. sed et si mer- « cedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique « enim scit praetor et mercede eos intervenire »; fr. 8, § 3 cit.: « Eum quoque « precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. illud adno- « tatur, quod culpam non praestat is qui precario rogavit, sed solum dolum « praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed « etiam culpam praestat. nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, « cum totum ex liberitate descendat eius qui precario concessit et satis sit, si dolus « tantum praestetur. culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit »]. Dubbio è veramente il fr. 3 pr., D. *de servo corrupto*, 11, 3. [« Dolo malo adiecto « calliditatem notat praetor eius qui persuadet: ceterum si quis sine dolo dete- « riorem fecerit, non notatur, et si lusus gratia fecit, non tenetur »]. Per la normale parificazione sta anche la maniera dei giuristi romani, i quali quando giungevano a possedere una frase come quella « *lata culpa dolus est* », erano anche soliti di adoperarla sempre e dappertutto. Questo metodo corrisponde ai bisogni della

In conseguenza di ciò non si può con una convenzione assicurarsi in precedenza la immunità per la negligenza grave.

Questi principii fondamentali hanno un alto significato economico. Essi promuovono la conservazione dei beni della nazione, poichè l'accresciuta responsabilità stimola alla precauzione per essi.

§ 37. — Misura della colpa nei singoli rapporti contrattuali.

1. Regola del diritto progredito è che il debitore contrattuale risponde per ogni colpa, quindi anche per la colpa lieve. E ciò vale anzi in ogni verso (1).

L'antico diritto intendeva per colpa solo un atto positivo nocevole al creditore, ma non la semplice negligenza. E perfino nel diritto posteriore si rimase lì nelle stipulazioni di dare, riguardo ad una determinata cosa (2).

Ma nei *bonae fidei iudicia* si stabilì, che chi risponde per gli atti colposi, *culpa*, debba essere responsabile anche per la non usata diligenza di un buon padre di famiglia, *diligentia*, anche quindi per le omissioni (3-4). Ciò è divenuto regola del diritto comune, senza eccezioni. Essa è anche conforme al Cod. civ. germ. (5-6).

---

pratica, la quale diventa incerta, per le troppe e sottili distinzioni. Ed infine, come nel testo viene esposto, la parificazione stava pure nell'interesse generale. Cfr. per il Tr. Imp., vol. XXI, pag. 165.

(7) Sta per questa opinione il Tr. Imp. Comm., vol. II, pag. 293. L'opinione contraria è sostenuta tra gli altri dal Burckhardt, *loc. cit.*, pag. 104. Vedi ivi la bibliografia sulla questione. Al Cod. civ. germ. è estranea la parificazione del dolo e della grave negligenza.

(1) Egli è dunque tenuto, se colposamente non adempie, o non adempie debitamente, o se altrimenti, nella esecuzione del contratto, cagiona colposamente del danno.

(2) Fr. 91 pr., D. *de verb. oblig.*, 45, 1. [« Si servum stipulatus fuero, et « nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, « expeditum est. sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor, con- « siderantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a pos- « sessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, « an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non « faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non « faciendum tenetur »].

(3) Se si parte dal fatto, che « culpa » sia la tecnica designazione delle fonti per la negligenza, — come fa tra altri il Windscheid, vol. 1, § 101, e vol. II, § 265, nota 2, — diviene un enigma come mai i giuristi romani indaghino, se chi è responsabile di « *culpa* » risponda anche per la « *diligentia* », e perchè la « *culpa* » e la « *diligentia* » siano così spesso insieme addotte. Ma evidentemente la parificazione della semplice negligenza e del positivo danno avvenne solo gradata-

L'obbligo della diligenza può inchiudere in sè anche quello della custodia, *custodia*, talchè il debitore ha il dovere di apporre delle

---

mente. La giurisprudenza dovè lavorare lungo tempo, per introdurla nella pratica. Per la prima volta la parificazione sembra aver trovato riconoscimento nel commodato ad opera di Quinto Muzio Scevola: fr. 5, § 3, D. *commodati*, 13, 6: « Commo- « datum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo « verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligen- « tiam ». Secondo Alfeno Varo, Servio Sulpicio richiedeva la « *diligentia* » anche dal venditore: fr. 12 D. *de periculo et commodo*, 18, 6. [« Si vendita insula « combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? « respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum neglo- « gentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor « eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi « et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit ». cfr. § 96, nota 2]. Essa incombe inoltre al creditore pignoratizio a quel modo stesso che al commodatario: cfr. i ffr. 13, 14, D. *de pigneraticia actione*, 13, 7, sopra riportati al § 36, nota 3. Infine si ammise che la responsabilità per la « *diligentia* » dovesse aver luogo in tutti i negozi *bonae fidei* nei quali si era tenuti per la *culpa levis*. Così si spiega il fr. 23, *de R. I.*, 50, 17, ULPIANUS, libro 29, *ad Sabinum*: « Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et « dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam « mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis « datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam ». Cfr. PERNICE, *Labeone* vol. II, pag. 281; BRINZ, vol. II, pag. 251.

(4) La « *diligentia* » viene a volte designata come « *exacta* » o « *exactissima* » Dai ffr. 1, § 4, D. *de obl. et action.*, 44, 7, e 72, D. *pro socio*, 17, 2, risulta, che ciò serve ad accentuare il contrapposto alla *diligentia* « *quam in suis rebus* », cioè alla cosidetta « *culpa in concreto* ». [Fr. 1, § 4 cit.: « Et ille quidem qui « mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus « permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, qui humana infirmitas « resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit ami- « serit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei prae- « stare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus « adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si « culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus « argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum por- « tare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit »; fr. 72 cit.: « Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque « neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: suf- « ficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus « adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri « debet »]. Diversamente il BARON: *Diligentia exactissima* o responsabilità per la custodia, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LII, n. 2 [D. e. oder Haftung für c.], *La responsabilità sino alla forza maggiore* (Die Haftung bis zur höheren Gewalt], *ivi*, vol. LXXVIII, n. 7.

(5) Anche il Cod. civ. germ., § 276, capov. 1, dispone: « Il debitore, purchè non sia diversamente stabilito, deve rispondere del dolo e della negligenza ».

(6) Di un'altra estensione, cioè della responsabilità per errore professionale in cose che richiedono particolare conoscenza tecnica, si è tenuta parola più sopra, vol. I, § 86, nota 10.

serrature acconce, o d'impiegare custodi, o di prendere altre misure di sicurezza; ed in particolare deve egli preservare la cosa dovuta dagli incendi e dai furti (7-8).

Ma la custodia è, per tal motivo, un obbligo solo quando le circostanze del caso la impongono al buon padre di famiglia. Chi dunque a mo' d'esempio ha venduto i frutti pendenti, di regola non ha bisogno di farli particolarmente custodire.

Di conseguenza il dovere della custodia determinato dalla diligenza ha una portata diversa, che quello costituito mediante uno speciale contratto.

Il primo ha la sua misura in ciò che è negli usi; l'altro nelle disposizioni contrattuali. Se il debitore non si uniforma alle disposizioni contrattuali riguardanti la custodia, non potrà egli di fronte al danneggiato richiamarsi al fatto, che esse non erano imposte dalla ordinaria diligenza. Egli è in colpa, per non aver tenuto la sua parola.

Sull'aver frainteso questa diversità riposa l'opinione, che chi ha promesso la *custodia* risponda anche pel caso fortuito (9).

---

(7) Il Brinz, vol. II, pag. 361, rileva come « custodire » importi una certa specie di atti, per esempio, stare in vedetta, cinger con siepe, sbarrare, chiudere, chiedere la *cautio damni*, curare, riparare. Da questo punto di vista dev'essere rischiarata la teoria, la quale è stata assai abbuiata dalle astrazioni e dalla trattazione puramente schematica di molti scrittori precedenti. La responsabilità per la « custodia » può essere basata: *a*) su di un contratto indipendente, col quale si promette la custodia: fr. 1, § 12, D. *depositi*, 16, 3 [« Quod si rem tibi dedi, « ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, « utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto « tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae « legem »]; *b*) come contratto accessorio accanto ad un'altro negozio, per es., ad una vendita; *c*) infine essa può essere la conseguenza della diligenza contrattuale. Cfr. Engelmann, *Custodiae praestatio*, 1887: Bruckner, *Custodia e suo rapporto con la* vis maior [c. nebst ihrer Beziehung zur vis maior], 1889; Biermann, *Custodia e* vis maior, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, Parte romanistica, vol. XII, n. 3 [Zeitschrift der Savigny-Stiftung, rom. Abtheilung]; Baron, *loco citato*; Stammler nell'*Arch. sassone per il diritto civile*, vol. III, pag. 65 [Sächs. Arch. f. bürg. R.]. Un sommario delle diverse opinioni dà il Simoncelli, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XIV, pag. 6.

(8) Chi, come il depositario, deve rispondere solo pel dolo e per la *culpa lata*, non è tenuto a prendere particolari misure di custodia. Perciò viene senz'altro sancito, che il depositario non è tenuto per la custodia: § 17, I. *de obl. quae ex delicto*, 4, 1. È evidente, che ciò debba intendersi *cum grano salis*. [§ 17 cit.: « Sed his, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in « eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa si res ei subrepta « fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius in« terest rem salvam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit »].

(9) § 3, I. *De empt. et vend.*, 3, 23: « Quod si fugerit homo qui veniit aut « subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, ani-

2. La responsabilità di chi assume un debito, nel solo interesse del creditore, si limita al dolo ed alla colpa grave (10). La giurispru-

---

« madvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. « sane enim, si susceperit, ad ispius periculum is casus pertinet: si non susce- « perit, securus erit ». Gli schiavi di regola non venivano in Roma particolarmente custoditi, altrimenti essi non avrebbero potuto accudire indipendentemente alla propria industria. Il venditore non deve quindi pensare per una custodia degli schiavi venduti, che non sia ordinaria in un diligente padre di famiglia. Se tuttavia lo schiavo fugge, è questa una disgrazia che colpisce il compratore. Del tutto diversamente, se il venditore promise la custodia. Allora, s'egli la ometta, è tenuto per tale *casus*. Ma con ciò non è detto, che la promessa della custodia lo vincoli per ogni *casus*. Che l'imprenditore, al quale il padrone del lavoro consegna delle cose per la lavorazione, sia tenuto per la custodia di esse, risulta da sè: cfr. fr. 5, pr. D. *nautae*, 4, 9; fr. 14, § 17, D. *de furtis*, 47, 2 [fr. 5, cit.: « Nauta et « caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat « vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat « iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo « et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae « nomine ex locato tenentur »; fr. 14, § 17, cit.: « Si epistula, quam ego tibi misi, « intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius « sit epistula, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est? et si quidem « dedi sorvo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, aeque « (quia per liberam personam possessio quaeri potest) ipsius facta est, maxime « si eius interfuit eam habere. quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, « dominium meum manet, quia eius nolui amittere vel transferre dominium. quis « ergo furti aget? is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem « pertinebant ea quae scripta sunt. et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data « est perferenda, furti agere possit. et si custodia eius ad eum pertineat, potest: « sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam « epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere « furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae « accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis au tmagistri navis: « nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos « pertinet »]. Nondimeno anche qui si ha riguardo senza dubbio alla particolare condizione delle cose; — cfr. invero il LEHMANN nella *Rivista della Fondazione di* SAVIGNY, Parte romanistica, vol. IX, pag. 110. — Non diversamente è per il commodatario; 5, §§ 5 e 6, D. *commodati*, 13, 6; fr. 19, *eod.* [fr. 5, §§ cit.: « Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestrae. Sed an etiam « hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum « et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, « ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam qui rogavit praestet, « dicendum erit praestare »; fr. 19 cit.: « Ad eos, qui servandum aliquid con- « ducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere « procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis « damnum nobis iniuria det? »].

(10) Fr. 5, § 2, D. *commodati*, 13, 6; fr. 108, § 12, D. *de leg.*, I. AFRICANUS [fr. 5, § 2, cit.: « Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum « dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum « dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia

denza romana ha astratto questo principio dal deposito, nel quale il depositario, che custodisce la cosa senza ricompensa, risponde solo pel dolo e per la colpa grave (11).

Ma essa non l'ha punto mantenuto schiettamente.

Per ogni colpa è responsabile chi da parte sua si offra all'assunzione del deposito (12).

Inoltre per ogni colpa risponde il mandatario, malgrado che egli assuma gratuitamente il mandato. Dunque, per riguardo all'interesse

---

« nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus : « nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa « exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is « penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in « locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur »; fr. 108, § 12, cit. : « Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi « restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dum- « taxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mlhi praestare debere « existimavit : sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque « contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus « tantummodo praestetur »].

(11) Fr. 17, § 2, D. *de praescr. verb.*, 19, 5 [« Papinianus libro octavo quaestionum scripsit : si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum « mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit : nam si mihi liqueat « apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere. secundum « haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et « culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non : si vero « mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit »]. Che il depositario fosse responsabile solo pel dolo, si spiega storicamente dal fatto, che per il deposito non vi era originariamente un'azione contrattuale, ma bensì solo un'azione *ex delicto* : cfr. DERNBURG, *Compensazione* [Kompensation], pag. 53; PERNICE, *Labeone*, vol. I, pag. 435. Così pure il precariista, non essendo considerato come debitore contrattuale, era tenuto solo pel dolo e per la colpa grave; fr. 8, §§ 2, 3 e 6, D. *de precario*, 43, 26 [fr. 8, § 3 cit. riportato al § 36, n. 6; § 6 *eod.* : « Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam « latam dumtaxat, cetera non venire. plane post interdictum editum oportebit et « dolum et culpam et omnem causam venire : nam ubi moram quis fecit precario, « omnem causam debebit constituere »]. Non diversamente stavano le cose per l'agrimensore, *mensor*: fr. 1, D. *si mensor falsum modum dixerit*, 11, 6 [cfr. § 36, nota 6, cit.]. Infatti anche contro gli agrimensori era stabilita un'azione *ex delicto*. Ed anche in epoca successiva non si andò più oltre, poichè si rimase fermi al principio: *civiliter obligatus non est*.

(12) Fr. 1, § 35, D. *depositi*, 16, 3 [« Saepe evenit, ut res deposita vel nummi « periculo sint eius, apud quem deponuntur : ut puta si hoc nominatim convenit. « sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illi- « gasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, « non tamen casus fortuitos »]. Questa regola non vale pel Cod. civ. germ.; cfr. § 690 [« Se viene gratuitamente assunta la custodia, il depositario deve rispondere solo per quella diligenza, che egli suole adoperare nei propri affari »].

del commercio, quel principio giuridico venne messo da parte, appunto nel caso più importante.

Anche nel Cod. civ. germ., riguardo alla misura della responsabilità, ha influenza il fatto, che il debito si sia assunto nel solo interesse del creditore. Ma il principio generale del diritto romano non è stato ricevuto.

3. Si deve soltanto rispondere per la diligenza relativa, « *diligentia quam suis* », « *culpa in concreto* » quando abbiansi ad amministrare cose altrui insieme con le proprie, particolarmente nel condominio e nella società, nell'amministrazione del patrimonio della propria moglie, e del patrimonio del proprio pupillo (13). Qui per gli affari altrui si richiede solo quella diligenza, che si è soliti di adoperare nei propri (14).

4. Non minore importanza della delimitazione della misura della colpa ha la questione della prova.

Se si tratta della questione, se il debitore siasi o no uniformato all'obbligo suo contrattuale della diligenza, spetterà a lui l'onere della prova. Infatti il creditore domanda in base al contratto; il debitore deve perciò, per liberarsi, dimostrare che egli prestò tanta diligenza, quanta gl'incombeva. Di conseguenza egli è liberato dalla sua obbligazione contrattuale della restituzione di cose affidategli, per es. a titolo di locazione, non già con la semplice prova del perimento o della perdita di esse, ma solo colla prova che ciò accadde senza sua colpa (15).

---

(13) Fr. 25, § 16, D. *fam. ercisc.*, 10, 2; fr. 72, D. *pro socio*, 17, 2; fr. 17 pr. D. *de iure dotium*, 23, 3 [fr. 25, § 16, cit.: « Non tantum dolum, sed et « culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non « contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, « qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit « gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur dili- « gentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata « sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus sed res »; fr. 72, cit.: « Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. « culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem « diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia « qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet »; fr. 17, cit.: « In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia « causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus « exhibet »].

(14) Il Cod. civ. germ., al § 276, dispone: « Chi deve solo rispondere per quella diligenza, che egli suole adoperare nei propri affari, non è liberato dalla responsabilità per negligenza grave ».

(15) Fr. 9, § 4, D. *locati*, 19, 2; c. 5 Cod. *de a, pigneraticia*, 4, 24. [fr. 9, § 4, cit: « Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus quem quis « conduxerat, ita rescripsit: ' Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse pro- « bari potest iudicio locati, casum praestare non cogeris atque temporis quod inse-

Chi risponde unicamente per la *culpa in concreto* e faccia ricorso al suo poco diligente modo di comportarsi nei propri affari, deve parimenti dimostrare ciò (16).

Ma se l'attore fondi delle pretese su di un pregiudizio derivatogli a cagione od in occasione della esecuzione del contratto, incombe a lui la prova della colpa del convenuto.

§ 38. — **Responsabilità per la colpa altrui** (1).

I. Di regola si è responsabili per la propria colpa. Perciò, secondo i principii, il padre di famiglia e i padroni di negozi devono rispondere per i danni prodotti dai loro dipendenti, impiegati od assistenti, solo in quanto essi stessi, sia pure indirettamente, vi hanno colpa. Questa tra l'altro può consistere nella mancanza di diligenza nella scelta (*culpa in eligendo*), o nella negligenza nel sorvegliare (*culpa in custodiendo*) o nell'insufficiente equipaggiamento, o in altre difettose precauzioni (2).

« cutum est mercedes ut indebitas reciperabis ' » ; c. 5, cit. : « Si creditor sine « vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur : sed si culpae « reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti « debitoris interest condemnari debet »] ; Cod. di comm., § 390 [« Il commissionario è responsabile per la perdita e pel deterioramento delle cose che trovansi in sua custodia, salvochè la perdita od il deterioramento derivino da circostanze che non potevano essere evitate con la diligenza di un ordinario commerciante... »]. È dubbio veramente l'onere della prova, quando il creditore domanda il risarcimento pel mancato adempimento del contratto. Il creditore deve allora dimostrare l'obbligo contrattuale, e motivare la sua domanda di risarcimento affermando la impossibilità dell'adempimento per colpa del convenuto. Spetta al convenuto di provare ad onta di ciò, o di avere adempiuto, o di essere pronto all'adempimento ed in grado di effettuarlo, o di non essere da tanto senza sua colpa. La prova del dolo del convenuto spetta al creditore, se egli vi fonda dei diritti. Nondimeno anche ciò è controverso ; cfr. Windscheid, vol. II, § 265, nota 17. Il Cod. civ. germ., al § 282, dispone : « Se sia controverso, se l'impossibilità della prestazione sia conseguenza d'un fatto, di cui debba rispondere il debitore, l'onere della prova incombe al debitore ».

(16) Le distinzioni del Windscheid vengono eliminate, ove si ritenga esatto quanto si è osservato al vol. I, § 86, nota 12.

(1) Ubbelohde, nella *Rivista pel diritto commerciale di* Goldschmidt [Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht], vol. VII, pag. 199) ; Goldschmidt, *ivi*, vol. XVI, pag. 284 ; R. I. Burchardt, *Sulla responsabilità del debitore per i suoi assistenti* [Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen], 1861 ; Wyss, *La responsabilità per la colpa altrui* [Die Haftung für fremde culpa], 1867 ; cfr. ancora Oetker, *Responsabilità criminale e civile dei terzi secondo le fonti del diritto assiano* [Kriminelle und civile Haftung Dritter n. hess. Rechtsquellen], 1892, § 7.

(2) fr. 27, § 9, *ad legem Aquiliam*, 9, 2 ; Ulpianus, libro 18, *ad edictum* : « Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta,

II. Il principio della irresponsabilità del padrone per la sua gente non s'impose incondizionatamente. La sicurezza pubblica e l'interesse del commercio reclamarono delle modificazioni, dei pratici accomodamenti.

1° Anzitutto vale ciò per i danni extracontrattuali.

Secondo il *ius civile* il padre di famiglia era tenuto per i delitti dei suoi dipendenti solamente coll'*actio noxalis*, in forza della quale egli doveva o riparare le conseguenze del loro delitto, o rilasciare al danneggiato, a titolo di espiazione, *noxa*, il dipendente colpevole (3). I Pretori aggravarono ciò in non pochi casi, facendo responsabile direttamente e personalmente il padrone di casa per certi delitti della *familia* (4). I marinai e gli albergatori furono ritenuti responsabili

---

« Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis « ministeriis fuit »; fr. 11 pr. D. *locati*, 19, 2; fr. 10, § 1; fr. 11, D. *commodati*, 13, 6; fr. 20, D. *eod.*; fr. 20, § 3, D. *de neg. gest.*, 3, 5 [fr. 11, pr. cit: « Videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor « debeat? et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine « teneatur? et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actiones an « quasi ob propriam culpam tenebitur? mihi ita placet, ut culpam etiam eorum « quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in indu- « cendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita Pomponius « libro sexagesimo tertio ad edictum probat »; ffr. 10, § 1, 11, 12 pr.: « Si rem « inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem « mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: « si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. sed et si dum refertur « periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: « si vero ipse cui voluit commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa « accepit, qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit: si « mei causa, dolum tantum »; fr. 20, D. *comm.* cit.: « Argentum commodatum « si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis « aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non « meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent »; fr. 20, § 3, cit.: « Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu « mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas « praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti « neglegentia eius fecit, tu mihi praestes »]

(3) Sulle azioni nossali cfr. TIT., *Inst. de noxalibus actionibus*, 4, 8; Dig., 9, 4; Cod., 3, 41; inoltre WYSS, *loc. cit.*, pag. 8 e gli scrittori ivi citati.

(4) Tra l'altro il pretore diede l'*interdictum de vi*, quando la *familia* del *pater familias* aveva con violenza scacciato un possessore dal suo fondo: fr. 1, § 11, D., *de vi*, 43, 16 [Ait praetor: ' deiecisti aut familia deiecit '. merito familiae « mentio habita: nam cum ' deiecisti ' verbum refertur ad personam eius qui « deiecit nec pertinet ad eum, cuius familia deiecit (nec enim videor deiecisse, « si familia mea deiecerit), consequens fuit addere ' aut familia tua deiecit ' »]. I *publicani* erano inoltre tenuti per atti violenti, furti, danneggiamenti di cose, della loro *familia*; fr. 1, pr., § 5, D *de publicanis*, 39, 4 [« Praetor ait: ' Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum,

anche più oltre, pei furti e pei danneggiamenti commessi dalla loro gente (5-6).

2° Concetti analoghi acquistarono influenza riguardo a importanti contratti.

a) Il padrone del negozio era responsabile con l'*actio institoria* per la colpa dei suoi institori nella contrattazione come nella esecuzione di negozi (7). Questa era una conseguenza della forma delle

« si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum « iudicium dabo. item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur, iudicium « dabo. si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae « deditione iudicium dabo ' »... « Familiae nomen hic non tantum ad servos « publicanorum referemus, verum et qui in numero familiarum sunt publicani, « sive igitur liberi sint, sive servi alieni, qui publicanis in eo vectigali ministrant, « hoc edicto continebuntur. proinde et si servus publicani rapuit, non tamen in ea « familia constitutus, quae publico vectigali ministrat, hoc edictum cessabit »]. E qui può farsi anche menzione della responsabilità dei compratori pei danneggiamenti della cosa comprata ad opera della loro *familia* e dei loro *procuratores* secondo l'editto edilizio nel caso che la cosa debba essere redibita a causa di difetti; fr. 25, § 1, D. *de aedilicio edicto*, 21, 1 [« Sive ergo ipse deteriorem eum fecit « sive familia eius sive procurator, tenebit actio »].

(5) Ffr. 6 e 7, D. *nautae caupones*, 4, 9; fr un. D. *furti adversus nautas*, 47, 5 [fr. 6, cit. : « Licet gratis navigaveris vel in caupona gratis deverteris, non « tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum iniuria passus es. Si « servo meo in nave vel in caupona utaris et damnum mihi det vel furtum faciat, « quamquam et furti actio et damni iniuria mecum sit, haec tamen actio, quia « in factum est, etiam servi mei nomine adversus te competit... In factum actione « caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non « pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator... »; fr. 7, cit. : « ... Haec actio in factum in duplum est... »; fr. un., cit. : « In eos, qui naves « caupones stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum « factum esse dicetur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum « sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset. Navigandi autem « causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas. « Et est in duplum actio..... Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona « eius cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi « sunt: viatorum autem factum non praestat... »].

(6) Il Cod. civ. germ., § 831, obbliga veramente colui, che ha dato incarico ad altri pel compimento di un affare, al risarcimento pel danno da questi cagionato, ma gli permette la prova, che egli stesso abbia osservato quella diligenza che nella vita pratica si richiede, ovvero che il danno sarebbe ugualmente derivato, dato anche l'impiego di tale diligenza. In questi casi egli non è tenuto al risarcimento.

(7) Fr. 1, § 2, D. *de exercitoria actione*, 14, 1; fr. 5, § 8, D. *de institoria actione* 14, 3; fr. 5, § 3, *de doli malo exceptione*, 44, 4. Oscuro è il fr. 5 § 10, D. *de institoria actione*, che va qui menzionato: [fr. 1, § 2 cit.: « Sed si cum « quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam « ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur « actio in exercitorem: alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si

azioni romane, secondo la quale il preponente era tenuto per le obbligazioni dell'institore derivanti dai negozi dell'industria, in modo analogo ad un fideiussore.

b) L'imprenditore inoltre, nel caso di una *locatio conductio operis* è tenuto per colpa dei suoi impiegati od assistenti nell'esecuzione dell'impresa, anche se egli personalmente non sia in colpa (8).

« quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, « non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet »; fr. 5, § 8 cit.: « Idem ait, si libitinarius servum pollinctorem habuerit isque « mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et « furti et iniuriarum actio competeret »; fr. 5, § 3, cit.: « Actoris, qui exigendis « pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus domino nocet »; fr. 5, § 10, cit.: « Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam « instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus « accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: « sin vero quasi institor, teneri eum »]. Cfr. su di ciò SCHLOSSMANN, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LXIII, n. 9; vedi anche ARNDTS, § 250, nota 7 e gli scrittori ivi citati.

(8) Fr. 25, § 7, D. *locati conducti*, 19, 2. GAIUS, libro 10, *ad edictum provinciale*: « Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut por- « tatur aut deponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, « quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, « quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et « si dolia vel pignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras « res transferri potest ». L'imprenditore, secondo ciò, è tenuto non solo per la propria colpa ma anche per quella dei suoi operai. Se il GOLDSCHMIDT, *loc. cit.*, pag. 355, tenta di stabilire, che in questo luogo venga ammessa una responsabilità, solo se il danno sia sorto per la colpa dell'imprenditore e della sua gente, tale interpretazione non è accettabile. Per essa infatti l'imprenditore non sarebbe responsabile neanche della propria colpa, se non concorresse insieme la colpa dei suoi operai. Ma ciò non è concepibile. Evidentemente quindi la copula « *eorumque* » significa: tanto « nell'uno » quanto « nell'altro » caso. Come del resto il giurista volesse esprimere una regola particolare e non già il principio evidente, che l'imprenditore sia responsabile per la sua propria colpa, risulta anche dal fatto, che egli in modo così energico accentua l'applicabilità della decisione, riguardante le colonne, ad altri casi. — L'opinione del Goldschmidt è condivisa dal WINDSCHEID, vol. II, § 401, nota 5. Se anche non si voglia assentire ad essa, questi espone, sarà pienamente permesso di ammettere che Gaio abbia pensato la « *culpa ipsius* » come « *culpa in eligendo* ». Ciò non sarebbe più azzardato di quanto possa esserlo in altri luoghi, dove debba farsi una siffatta ipotesi. Ma fa differenza, se trattisi di espressioni inesatte adoperate occasionalmente, ovvero di una regola a cui l'autore espressamente ascriva una portata generale. E se il responso di Gaio sulla responsabilità del principale per le colpe degli assistenti, non fosse quello praticamente ragionevole, esso non corrisponderebbe alla tendenza, che risalta dappertutto nei giuristi classici, di rafforzare la responsabilità per la colpa. Perchè dunque respingerlo solo in omaggio di un principio cui non è possibile dare nondimeno piena applicazione, e che i Romani in molti casi limitarono con eccezioni? Cfr. LEHMANN nella *Rivista della Fondazione di* SAVIGNY, Parte Romanistica, vol. IX, pag. 118; Trib. Imp. Comm., vol. XIII,

Nella pratica ciò si è esteso a tutti i casi, in cui alcuno per contratto ha assunto l'obbligo di far seguire un determinato risultato (9).

All'incontro, per diritto comune, il conduttore ed il commodatario riguardo alle cose locate od affittate, il venditore riguardo agli oggetti della vendita, come pure il mandatario ordinario ed il gestore di negozi, erano tenuti al risarcimento per colpa dei loro dipendenti, solamente se ad essi, nel tempo stesso, fosse stata imputabile una propria colpa (10).

III. Su di un differente punto di vista trovasi il Codice civile germ., riguardo ai debiti contrattuali. Per esso il debitore, per la colpa del suo rappresentante legittimo e delle persone di cui egli si serve per l'adempimento della sua obbligazione, deve rispondere nella medesima estensione, che per la sua propria colpa (11).

§ 39. — **Responsabilità sino alla forza maggiore** (1).

I. Alcuni industrianti nell'esercizio della loro industria sono tenuti per gl'infortuni « sino alla forza maggiore ».

1. L'editto pretorio sul *receptum nautarum cauponum* imponeva ai nocchieri ed agli albergatori l'incondizionata responsabilità per l'integra restituzione degli oggetti, da loro presi in consegna nell'esercizio

---

pag. 76; Trib. Imp., vol. X, pag. 165; vol. XXIII, pag. 91; Karlowa, *Storia del diritto romano* [Römische Rechtsgeschichte], vol. II, pag. 649; Gugl. Abicht, *La responsabilità dell'imprenditore in una locazione di opera per gli atti dei suoi assistenti* [Haftung des Unternehmers bei einer Werkverdingung f. d. Handlungen seiner Gewerbegehilfen], Diss. Inaug. nella Università di Gottinga, 1891.

(9) Tr. Imp., vol. XXXIII, pag. 169.

(10) Cfr. i testi più sopra citati alla nota 2; vedi anche Tr. Imp., vol. XXI, pag. 170.

(11) Cod. civ. germ., § 278.

(1) Goldschmidt, nella sua *Rivista pel diritto commerciale* [Zeitschrift für Handelsrecht], vol. III, pag. 79 sgg., pag 331 sgg.; ed ivi vol. XVI, pag. 328; Exner, *Concetto della forza maggiore* [Begriff der höheren Gewalt] nella *Rivista di* Grünhut, vol. X, pag. 495; Dernburg, ivi, vol. XI, pag. 334; Huber, *Forza maggiore* [höhere Gewalt] — Dissertazione inaugurale, senza indicazione dell'anno, — Berna, 1885; Hafner, *Concetto della forza maggiore* [Begriff d. h. Gewatl], Zurigo, 1887; Stucki, *Concetto della f. m.* [Begriff d. h. Gewalt], Dissertazione inaugurale Univ. di Berna, 1888; Gerth, *Concetto della vis maior*, 1890 [Begriff d. v. m.]; Ude, nella *Rivista della Fondazione di* Savigny, Parte romanistica, vol. XII, n. 4; von Hollander, *Vis maior, come limite della responsabilità* [v. m. als Schranke der Haftung], 1892; H. Schneider, nella *Rivista di* Goldscmidt, vol. XLIV, pag. 75, 341; H. A. Fischer, negli *Annali dello* Ihering, vol. XXXVII, pag. 199; e gli scrittori citati più sopra, § 37, nota 7.

della loro industria (2). Era questa una legge di necessità, provocata dalla mancanza di sicurezza delle vie e dei trasporti negli ultimi tempi della repubblica (3), legge che in origine non conobbe eccezioni.

Ma secondo il diritto dell'epoca imperiale i nocchieri e gli albergatori vengono liberati dalla responsabilità, mercè la prova della forza maggiore, *vis maior*, *damnum fatale*, che colpiva gli oggetti ricevuti in consegna, od anche della colpa propria dei viaggiatori.

La prova, che ad essi medesimi personalmente non possa addebitarsi alcuna colpa, non vale a liberarli (4).

2. La morte e la lesione di persone, in conseguenza dell'esercizio di una ferrovia, rendono resposabili di danni gl'imprenditori; questi non sono tenuti solo nel caso di forza maggiore, o di colpa propria delle persone colpite dall'infortunio (5).

---

(2) Fr. 1 pr., D. *nautae caupones*, 4, 9, Ulpianus, libro 14, *ad edictum*: « Ait praetor: 'nautae caupones stabulari quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo' ».

(3) Cfr. fr. 1, § 1, D. *h. t.* in fine [« Maxima utilitas est huius edicti, quia « necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. « ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum « arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum « furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant « huiusmodi fraudibus »]. Il Goldschmidt, *Manuale del diritto commerciale* [Handbuch des Handelsrechtes], 3ª edizione, vol. I, pag. 93, ammette che nell' epoca romana antica l' albergatore ed il viaggiatore, prima che a quest' ultimo venisse dato ricetto, conchiudessero di regola un contratto verbale espresso, sulla garanzia della incolumità del bagaglio dell'ospite, il che sarebbe divenuta usanza commerciale, sanzionata infine dall' editto. Ciò è poco probabile. Il Quirito, di sera, affamato, assetato, stanco, dopo lunga cavalcata, e imperversando forse il vento e la pioggia, giunge ad un alloggio. Ma egli non guida il suo cavallo grondante nella stalla, non asciuga dentro alla casa i vestiti, e neanche mangia e beve, prima che l'oste compiacente non prenda espressamente sotto la sua garanzia il bagaglio di viaggio, con le parole « *salvum fore recipio* » o simili! E che avveniva se il rozzo albergatore non voleva impegnarsi in termini contrattuali? Allora il viaggiatore romano pernottava forse al di fuori, all' aria libera? Contro l' ammissibilità di un tale contratto anche il Baron, *Archivio per la pratica civile*, vol. LXXVIII, pag. 239. — Il Lenel, nella *Rivista della Fondazione di* Savigny, Parte romanistica, vol. XIII, pag. 403, suppone che gli albergatori romani solevano assumere la garanzia per mezzo di una scritta sulla facciata esterna dell'albergo, per es., « *sarcinae salvae erunt* ». È questa una ipotesi assai interessante. Cfr. ancora Pernice, *Parerga*, X, nella *Rivista della Fondaz. di* Savigny, vol. XX, p. 132.

(4) Fr. 3, § 1, D. *h. t.*, 4, 9. Ulpianus, libro 14, *ad edictum* «... hoc edicto « omni modo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum « datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid nau- « fragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. « idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit § 2. « Eodem modo tenentur caupones et stabulari, quo exercentes negotium suum « recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur ».

(5) Legge imperiale sulla garanzia del 7 giugno 1871, § 1, [« Se nell' esercizio di una ferrovia, una persona viene uccisa o subisce delle lesioni, l'esercente

3. Le amministrazioni ferroviarie sono tenute per la perdita o pel danneggiamento delle merci, dal ricevimento sino alla consegna al destinatario; e si liberano con la prova della forza maggiore (6). L'amministrazione postale, nel caso di danni subìti dai suoi viaggiatori, presta le spese di cura e di alimentazione, in quanto la causa non sia stata la forza maggiore (7).

4. Secondo il Codice civile l'albergatore è tenuto per le cose dell'ospite ricevute in consegna, salvo che il danno fosse stato cagionato dall'ospite stesso, o dalla qualità della cosa, o da forza maggiore (8).

II. Ma in che consiste la forza maggiore? Secondo la esatta opinione essa è costituita da sinistri di così straordinaria specie, che nel commercio non possano essere preveduti, e che quindi non possono essere presi in considerazione, nel normale corso degli affari.

Chi esercita l'industria di albergatore, di vettore, od una impresa ferroviaria, non deve semplicemente essere responsabile in un dato caso per la diligenza del buon padre di famiglia. Egli deve anzi disporre le cose nel modo più opportuno, a tutela del pubblico. E per tale intento è tenuto anche per i fortuiti pericoli, che possono colpire il pubblico, che con lui pratica. In questo senso l'impresa costituisce al tempo stesso un istituto di assicurazione, per coloro che entrano in rapporti con essa.

Ma questa assicurazione non si estende agli avvenimenti di natura così straordinaria, da non potersi prevedere la possibilità di essi, vale a dire alla forza maggiore (9).

è tenuto per il danno derivatone, finchè non dimostri, che la disgrazia sia stata causata da forza maggiore, o da colpa della persona uccisa o lesa »].

(6) Cod. di comm., § 456. [« L'amministrazione della ferrovia è tenuta pel danno derivato dalla perdita o dal danneggiamento della merce, pel tempo che va dalla accettazione per la spedizione, sino alla consegna, salvochè il danno sia stato cagionato da colpa o da una disposizione della persona, che aveva diritto a disporre della merce, per la quale l' amministrazione non sia in colpa, da forza maggiore, da difetti dell'imballaggio non riconoscibili esternamente, o dalla naturale qualità della merce, e particolarmente per guasto interno, diminuzione e calo ordinario »].

(7) Legge postale, § 11, n. 2.

(8) Cod. civ. germ., § 701, capov. 1°. Cfr. inoltre §§ 203, 1996.

(9) Sin dalla glossa due teorie fondamentali stan di contro riguardo al concetto della forza maggiore. Per l'una costituiscono forza maggiore quegl'infortuni determinati una volta per tutte — per es., terremoto, inondazioni, aggressione nemica: i cosiddetti avvenimenti esterni. Di recente l'Exner ha acutamente configurato questa teoria in modo singolare. Forza maggiore è per lui l'avvenimento, sorto fuori della cerchia dell' esercizio della relativa impresa, il quale operando in questa cerchia, ha cagionato un danno, a persone od a beni, e che, per la specie e la violenza del suo avanzarsi, sorpassa visibilmente i casi che pos-

II. — *Mora* (1).

§ 40 — **Mora del debitore. Presupposti.**

Il debitore è in mora se egli colposamente non adempie a tempo debito (2).

Per la mora del debitore si richiede:

1. Scadenza del credito.

Quindi il termine eventuale del pagamento dev'essere scaduto; l'intimazione eventualmente pattuita dev'essere avvenuta; la condizione apposta al contratto dev'essersi verificata. Nei negozi bilaterali, che devono essere adempiti da entrambe le parti al tempo stesso, colui che voglia porre la controparte in mora, deve da parte sua offrire lo scambio delle prestazioni.

Chi è protetto da una eccezione non entra in mora (3); tanto meno quegli che sia obbligato soltanto *naturaliter* (4).

---

sono prevedersi nell'ordinario corso della vita. Analogamente anche l'UNGER, negli *Annali dello* IHERING, vol. XXX, pag. 417 ed il BARON, *Arch. per la pratica civile*, vol. LXXVIII, pag. 284; COSACK, *Diritto commerciale* [Handelsrecht], § 90, II. Secondo l' altra teoria non vi ha criteri obbiettivi fissi una volta per tutte della forza maggiore. Piuttosto si tratta di eventi che sorpassano l' umana previdenza nella data condizione dei rapporti « damnum quod imprudentibus accidit ». Cfr. DERNBURG, *loc. cit.*; W. STINTZING nell'*Archiv. per la prat. civ.*, vol. LXXXI, pag. 427; vedi anche Trib. Imp., vol. XXI, pag. 13.

(1) Tit. Dig., *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora 22, 1*; Bibliografia: MADAI, *La teoria della mora* [Die Lehre von der Mora], 1837; WOLFF, *Per la teoria della mora* [Zur Lehre v. d. M.], 1841; F. MOMMSEN, *La teoria della mora* [Die Lehre v. d. M.], nei suoi *Contributi al diritto delle obbligazioni* [Beiträge zum Obligationenrecht], parte III, 1855; KNIEP, *La mora del debitore* [Die Mora des Schuldners], due volumi, 1871, sgg.

(2) La parola « *mora* » ha il doppio significato, in primo luogo d'indugio, in senso obiettivo, della prestazione dovuta, e poi di trascuranza colposa. I due significati vengono contrapposti da Paolo, nella maniera di un giuoco di parole: fr. 24 pr, D. *h. t.* 22, 1. PAULUS, libro 37, *ad edictum* « Si quis solutioni quidem « moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: « utique si iuste ad iudicium provocavit ».

(3) Fr. 54, D. *de pactis*, 2, 14; fr. 40, D. *de rebus creditis*, 12, 1 [fr. 54 cit.: « Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intellegitur « mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum « moram non fecerat ». fr. 40 cit. «... non enim in mora est is, a quo pecunia « propter exceptionem peti non potest... »].

(4) Fr. 88, D. *de R. I.*, 50, 17 [« Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est »].

2. Per porre il debitore in mora occorre inoltre di regola l'invito di pagamento da parte del creditore — *interpellatio* (5).

L'interpellazione deve aver luogo nel luogo e nel tempo opportuno (6). Il creditore ha il diritto dell'interpellazione solo quando sia autorizzato all'accettazione del pagamento (7). Invece di lui possono eseguirla i suoi procuratori o rappresentanti legali, ma per nulla però il gestore di negozi senza mandato (8). L'invito dev'essere fatto al debitore (9),

---

(5) Fr. 32, *h. t.*, 22, 1. MARCIANUS, libro 4, *regularum* : « Mora fieri intel- « legitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non « solverit ». Una eccessiva domanda del creditore non impedisce l'inizio della mora riguardo a ciò che è realmente dovuto, ma piuttosto solo allora quando il creditore rifiuti l'importo del debito reale : cfr. Tr. Imp., vol. IX, pag. 141. Che nell'azione diretta alla prestazione, come pure nella notificazione di un precetto di pagamento, nella procedura d'ingiunzione, si contenga una interpellazione, si intende da sè. Che essa non si contenga invece in un'azione di constatazione, s'intende non meno da sè.

(6) Fr. 32, D. *h. t.* ; fr. 49, § 3, *de verb. obl.*, 45, 1 [fr. 32 cit. : « Mora « fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno « loco non solverit : quod apud iudicem examinabitur : nam, ut et Pomponius « libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus « quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque consti- « tutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis « facti, quam iuris. Et non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris « absentis denuntiatum est a creditore procuratoreve eius, cum etiam si ipsi, « inquit, domino denuntiatum est, ceterum postea cum is sui potestatem faceret, « omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta « intellegitur »...; fr. 49, § 3 cit.: « Si promissor hominis ante diem, in quem « promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse »]. Ma deve però bastare un'interpellazione fatta prima della scadenza del debito, a tenore della quale il debitore debba pagare dopo la scadenza. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 279, nota 4. Diversamente il Cod. civ. germ., § 284, 1º periodo. In una disdetta l'ingiunzione di pagamento deve fissarsi dopo il decorso del termine intimato.

(7) KNIEP, *loc. cit.*, vol. I, pag. 166, ritiene che gl' impuberi e le altre persone incapaci di obbligarsi, in quanto possono acquistare dei diritti abbiano il diritto alla interpellazione, malgrado che non siano autorizzati all'accettazione del pagamento. Un giovane impubere potrebbe, per es., intimare che gli venisse consegnata la sua giacca, o restituito il suo libro di lettura. Certamente — ma egli si considera anche come abilitato dal suo direttore all' accettazione di tali cose. All'incontro dovrebbe condurre a falsi risultati l' ammettere che egli possa validamente intimare, che il cavallo comprato dal tutore, e necessario per la economia domestica, vengagli consegnato ; il che forse non è anzitutto punto desiderato. L'intimazione è atto di amministrazione, il quale di regola compete solo all'amministratore Cfr. anche il Cod. civ. germ , § 111, 1º periodo : « Il negozio giuridico unilaterale, che il minore intraprende sensa l'assenso del suo rappresentante legale, è inefficace ».

(8) PAULUS, libro 37, *ad edictum*, fr. 24, § 2, D. *h. t.*, 22, sembra esprimere il contrario : « Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive ei, cui mandaverat, « sive ei, qui negotia eius gerebat, mora facta sit ». Nondimeno è lecito pensare

ovvero ai rappresentanti di esso, autorizzati legittimamente a ricevere simili dichiarazioni (10).

Anche senza interpellazione si ha la mora del debitore:

a) se il suo debito è derivato dal fatto, che egli con furto od altrimenti con dolo s'impossessò di cose altrui (11);

b) se egli si sottrae all'interpellazione (12); così quando egli non si faccia rinvenire nè nel suo domicilio o rispettivamente nel suo

---

qui solo al contrapposto tra un mandato speciale ed una procura generale. Infatti, nell'intimazione ad opera di chiunque siasi immischiato senza mandato nell'amministrazione, non vi ha alcuna sicurezza che il creditore voglia la risoluzione del rapporto obbligatorio. Suppongasi che alcuno alla sua partenza abbia depositato delle somme di danaro; un terzo s' immette nell'amministrazione dei suoi affari: come potrà il depositario, il quale durante l'assenza del deponente riceve l'avviso della restituzione da un tale *negotiorum gestor*, entrare in mora, malgrado che egli non possa pagare a costui con effetto liberatorio? Il Codice civ. germ., § 180, ha deciso la questione nel senso del testo. Cfr. anche più sopra, § 34, note 6 e 7.

(9) Il debitore dev'essere capace di agire: fr. 24, D. *de verb. oblig.*, 45, 1. [« Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, « ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore aut solus tutor interpelletur »]. Cfr. anche Cod. civ. germ., 131, cap. 1°.

(10) È indubitabile e indubitato, che i rappresentanti legali, ed in particolare i tutori, possono essere intimati invece dei rappresentanti: fr. 24, D. *de verb. obl.*, 45, 1. Lo stesso vale oggi riguardo ai rappresentanti delle persone giuridiche. È controversa la questione intorno alla rappresentanza volontaria. Cfr. BRINZ, vol. II, pag. 294, nota 18. La mora del debitore principale non induce veramente la mora del fideiussore, ma di regola gli nuoce, poichè questi è tenuto per le obbligazioni del debitore principale, nella forma che esse vengono ad assumere: fr. 91, § 4, D. *de verb. oblig.*, 45, 1; BRINZ, vol. II, pag. 295, nota 22. La mora del fideiussore non nuoce al debitore principale. Cfr. del resto BRINZ, pag. 295, nota 24 [fr. 91 cit.: « Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. « quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpe- « tuam obligationem, deinde quibus eam producant. utique autem principalis « debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pom- « ponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem « tollat? cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam « successorum eorum. accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant « obligationem, quia in totam causa spoponderunt »].

(11) Fr. 8, § 1, D. *de condictione furtiva*, 13, 1: « Semper enim moram fur « facere videtur »; vedi inoltre fr. 1, § 35, D. *de vi*, 43, 16. Il Cod. civ. germ., non conosce questa regola [fr. 1, § 35 cit.: « Denique scribit Iulianus eum, qui « vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, propius esse, ut etiam sine culpa « eius mortuis hominibus aestimationem eorum per interdictum restituere debeat, « sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur. huic consequens esse ait, ut villae « quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur: ubi enim « quis, inquit, deiecit, per eum stetisse videtur, quo minus restitueret »].

(12) Fr. 23, D. *h. t.*, 22, 1. ULPIANUS, libro 34, *ad edictum*: « Aliquando « etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat, qui conveniatur ».

stabilimento commerciale, nè nel luogo dell'adempimento determinato nel contratto, e non abbia ivi lasciato alcun rappresentante, dimodochè il creditore tenti invano l'interpellazione (13);

c) se era stato convenuto un termine fisso pel pagamento, ed in tal giorno questo non venga eseguito. Ciò è stato ammesso dalla pratica del diritto comune, la quale si attiene alla massima: « *dies interpellat pro homine* » (14).

---

(13) Una dichiarazione del creditore rilasciata davanti all'autorità giudiziaria, come il Mommsen (*loc. cit.*, pag. 74) la richiede, non è punto necessaria. Solo il creditore deve dare a conoscere, in maniera determinata, la sua volontà, che venga prestato il pagamento. Basta perciò tra l'altro, che il creditore in persona, o un notaio si rechi nell' attuale dimora del debitore, e che quivi venga redatto un documento, il quale constati l'inutile tentativo di ottenere il pagamento: cfr. Brinz, vol. II, pag. 297, nota 38. Cfr. ora anche il Windscheid, vol. II, § 278, nota 12.

(14) È questa una delle più famose controversie del diritto comune. Già la glossa « *committitur* » al fr. 9. D. *h. t.*, 22, 1, insegnava, che « *interpellari videtur ab ipsa die constituta* », e ciò divenne opinione comune, la quale ebbe generale riconoscimento ed applicazione anche in Germania, finchè il Savigny la combattè nelle sue lezioni, e più tardi il Neustetel la contestò nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. V, n. 8. Sin d'allora le opinioni sono divise; cfr. gli scrittori citati nel Windscheid, § 278, nota 4. Che ai romani la regola « *dies interpellat* » fosse sconosciuta, risulta da quanto segue: *a*) la regola che la mora sorga in conseguenza di una interpellazione — *non ex re, sed ex persona* — viene espressa come regola affatto generale: fr. 32 pr. D. *h. t.*, 22, 1. Vi sarebbe stato bisogno di una limitazione, se ad essa si fosse voluto negar valore per tutti i debiti con determinati termini di pagamento — in un caso dunque assai frequente; *b*) i giuristi menzionano in diversi punti quando occorrono particolari eccezioni. La mora sorge « *aliquando* » *ex re*, particolarmente quando il debitore non possa essere trovato. Ora non doveva essere più vicino il caso dell' apposizione di un termine pel pagamento? Come si dovrebbe spiegare, che una regola così ricca d'influenza, così praticamente importante, non fosse stata, se esisteva, giammai accentuata con termini espressi? In questo caso il silenzio, come a noi sembra, offre piena prova; *c*) Nel fr. 17, § 4, D. *h. t.*, 22, 1, Paolo, libro singulari *de usuris* decide: « Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet ». Per le pigioni spesso si conviene di certo il tempo del pagamento, e pur nondimeno qui viene in generale deciso, che gl'interessi, nel caso del ritardato pagamento della pigione, non decorrono senz'altro, ma solo dalla mora, per modo che occorre dunque una particolare attività per indurre la mora. — I passi, ai quali gli avversari si richiamano, non possono scuotere questo risultato. Ne vengono addotti principalmente due: *a*) Nella c. 10, Cod. *de act. empt. venditi*, 4, 49, viene riportato il seguente rescritto di Diocleziano e Massimiano: « Cum venditorem carnis fide conventionis « rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti « interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire « potes ». Nei negozi di fornitura di carni, con un termine determinato per la consegna, la prestazione in tempo debito è di regola condizione del contratto. ed una ritardata offerta non è perciò conforme al contratto. Si deve quindi risarcire l'interesse alla consegna fatta in tempo debito, senza che nulla importi la que-

3. L'indugio deve aver fondamento nella colpa del debitore (15-16). Si fa quindi differenza tra il cattivo debitore e l'onesto, analogamente come nel campo dei diritti reali si distingue tra il possessore di mala

---

stione della mora in senso tecnico. Ciò non significa, come ritiene il WINDSCHEID, *loc. cit.*, introdurre qualche cosa nel testo, ma solo sviluppare quanto in esso trovasi; *b*) Nel fr. 114, D. *de verb. obl.*, 45, 1, ULPIANO, libro 17, *ad Sabinum*, così si esprime: « Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem ste-« terit, quo minus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram « facti non esse ». La questione qui sottoposta a disamina era quella degli effetti della mora, se cioè nella *condictio* di un *fundus* venga in considerazione l' *id quod interest* alla prestazione fatta in tempo, ovvero solo il valore del fondo al momento della *litis contestatio*; cfr. ffr. 3 e 4, D. *de condictione triticaria*, 13, 3. Quali fossero le condizioni della mora non può rilevarsi da questo passo, poichè le parole « *si per promissorem steterit* » danno adito alle più svariate soluzioni [fr. 3 cit.: « In hac actione si quaeratur, res quae petita est cuius temporis aestima-« tionem recipiat, verius est quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum: « si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει secundum « Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, « ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifire vulnerato. « in utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro « vicensimo habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit: et ideo, si « quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus « morae in his erit reducenda aestimatio »; fr. 4, D. cit.: « Si merx aliqua, quae « certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem « aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil « convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. idemque iuris in loco esse, « ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil con-« venit, is locus spectetur, quo peteretur. quod et de ceteris rebus iuris est »]. Frattanto nella teoria in esame non è stato ricevuto il diritto romano puro, ma invece la pratica ha assunto e mantenuto il principio « *dies interpellat* ». Cfr. specialmente MOMMSEN, *loc. cit.*, pag. 84 sgg. Un'altra questione è, se il principio romano fosse più umano e più opportuno, che quello formatosi nel diritto comune, e se in particolare non fosse a questo preferibile nel diritto odierno. Una lettera raccomandata basterebbe al creditore ad assicurargli la prova del fatto avviso; sarebbe mai la spedizione di essa cosa tanto gravosa? Tuttavia il Cod. civ. germ. al § 284 dispone: « Se per la prestazione è determinato un tempo secondo il calendario, il debitore entra senza interpellazione in mora, se non esegue la prestazione nel tempo determinato ».

(15) È controverso, se per la mora *debitoris* si richieda una *culpa*. Tra gli avversari sta il KNIEP, *loc. cit.*, vol. I, pag. 326; vedi ivi a pag. 406 la bilbliografia sulla questione. Che i Romani riconducessero la mora sotto la colpa, rilevasi dal fr. 91, § 3, D. *de verb. obl.*, 45, 1. Perciò il fr. 9, § 1, D. *de usuris*, 22, 1, parla di « *inculpata mora* »; [fr. 91, § 3 cit.: « Sequitur videre de eo, quod « veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obliga-« tionem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo « minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus « sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior « mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho « quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc « quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris

e di buona fede. Non deve però ciò trasformarsi in un mantello d'ipocriti cavilli, e divenire un danno per il credito. Chi non paga in tempo debito ciò ch'egli deve, appare già per ciò stesso in colpa (17).

Il debitore deve quindi da parte sua addurre ragioni di scusa, per respingere la presunzione della colpa.

Queste possono stare in impedimenti estrinseci, che si oppongono al pagamento per es., le inondazioni, o la guerra o la rivoluzione, che interrompono le comunicazioni (18).

Anche l'ignoranza del credito può scusare. Ciò però non devesi facilmente ammettere. Il debitore deve per quanto è possibile accertarsi circa l'esistenza e l'ammontare di un debito che si è fatto valere di

---

« scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam « quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque « causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? »; fr. 9, § 1 cit.: « Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur. « ... si tamen post mortem creditoris nemo fuit cui pecunia solveretur, eius tem« poris inculpatam esse moram constitit: ideo si maiores usurae prioribus petantur, « exceptio doli non inutiliter opponetur »]. La esistenza inoltre di motivi di discolpa della mora si spiega scientificamente nel modo migliore, dal fatto, che la mora richiedeva, secondo i principii la colpa. Ma a ragione il Kniep, *loc. cit.*, rileva che gli scrittori, i quali segnano la colpa sui loro vessilli, non rendono punto omaggio in grazia di ciò ad uno e al medesimo concetto, e tanto meno i loro avversari. Così p. es. il Windscheid, vol. II, § 277, il quale richiede come noi la colpa, ma nondimeno, nel risultato pratico, si trova su di un punto di vista affatto diverso da quello qui sostenuto.

(16) Anche il Cod. civ. germ., § 285 dispone: « Il debitore non entra in mora, finchè la prestazione non ha luogo in conseguenza di una circostanza, di cui egli non debba rispondere ».

(17) L'attore deve perciò dimostrare, per la prova della mora, solo la scadenza del credito e la seguìta interpellazione. Paulus, *Sent.* III, 8, § 4: « ... mora autem « fieri videtur, cum postulanti non datur »; cfr. Mommsen, *loc. cit.*, pag. 23; Brinz, pag. 289. Così dal fr. 5, D. *de rebus creditis*, 12, 1, non si può punto dedurre, che l'attore all'intento della prova della mora, debba dimostrare che il convenuto abbia conosciuto la sua obbligazione. Non più che tanto ciò vale pel Cod. civ. germ. [fr. 5 cit: « Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, « quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum « constat. sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non « solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset « vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere « deberes te dare oportere »].

(18) Fr. 23 pr. D. *h. t.*, 22, 1; cfr. fr. 21, D. *eod.* [fr. 23 cit.: « Sed et si rei pu« blicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, « moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit »; fr. 21 cit.: « Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, « morae adnumerandum: quid enim si amicos adhibendos debitor requirat vel « expedienti debiti de fideiussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? mora « facta non videtur, fr. 22) si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur »].

fronte a lui (19). Solo se malgrado di ciò apparisca fondata la persuasione della inesistenza del debito, egli è scusato.

La mancanza dei mezzi pel pagamento non vale mai come scusa dell'inadempienza (20).

§ 41. — Conseguenze della mora del debitore.

Il debitore moroso deve al creditore quanto era l'interesse di costui alla prestazione fatta in tempo (1).

Ma il diritto non si accontenta di una regola così generale. Data la difficoltà della dimostrazione e della prova dell'interesse, essa non avrebbe offerto al creditore una garanzia sufficiente per il pieno risarcimento di ciò che in verità gli è sfuggito. Si svilupparono quindi delle regole più concrete, le quali risparmiano al creditore fino ad un certo punto la prova specificata dal suo interesse.

1. Dalla mora in poi il debitore sopporta il rischio del perimento, come pure del deterioramento della cosa dovuta.

La giurisprudenza romana antica aveva fissato questo concetto nella formula, che la mora perpetua l'obbligazione. In conseguenza di ciò il creditore, al quale era dovuto lo schiavo Stico, nel caso che questi fosse morto dopo la mora del debitore, poteva pur sempre agire « *Stichum dari oportere* ». In base a tale azione il giudice doveva aggiudicargli il valore dello schiavo morto, come se fosse ancora in vita.

La giurisprudenza dell'epoca imperiale giustificò questa condanna,

---

(19) Si presume che il debitore, il quale invece di pagare intenta la lite, è in mora. Cfr. vol. I, § 154, nota 10.

(20) Il WINDSCHEID all'incontro afferma, che « anche l'insolvenza, quando sia cagionata da infortuni non colposi, deve considerarsi come motivo scusante ». Ciò sta in contradizione col fr. 137, § 4, D. *de verb. oblig.*, 45, 1: « et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum « stipulatoris pertinet ». Quella opinione è anche inconciliabile con un sano organismo del credito. Il creditore non può impegnarsi in una discussione, sul perchè il debitore fosse pervenuto nello stato d'insolvenza. Cfr. BRINZ, vol. II, pag. 291.

(1) Fr. 36, § 2, D. *de usu fructu*, 7, 1; fr. 114, D, *de verb. oblig.*, 45, 1. [Fr. 36, § 2 cit.: « Usus fructus servi Titio legatus est: cum per heredem « staret, quo minus praestaretur, servus mortuus est: aliud dici non posse ait, « quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit moram factam non « esse, ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, usus fructus « aestimetur. cui illud quoque consequens esse, ut, si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore, quo mora sit facta, in diem mortis aestimatio usus fructus « heredi eius praesteretur »; fr. 114 cit.: « Si fundum certo die praestari stipuler « et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, consecuturum me, « quanti mea intersit moram facti non esse »]. Analogamente il Cod. civ. germ., § 286, capov. 1°.

osservando che il creditore, data la puntuale prestazione, avrebbe potuto utilizzare l'oggetto del debito, vendendolo, ed evitare così il danno.

Partendo da ciò, si ammise il debitore alla controprova, che il caso fortuito avrebbe colpito la cosa anche presso del creditore, data la prestazione in tempo. In questa prova rientra anche quella che il creditore avrebbe conservato, e non venduto, l'oggetto prestato. Tale prova solo in casi rari può riuscire (2).

---

(2) Sin dal tempo dei glossatori è controverso, se il debitore in conseguenza della perpetuazione dell'obbligazione, sopporti incondizionatamente il rischio sin dal momento della mora, ovvero ne sia esente, quando il perimento avrebbe colpito il creditore anche nel caso, in cui avesse avuto luogo in tempo debito la prestazione dell'oggetto dovuto. Cfr. sulla storia di questa controversia il Madai, *loc. cit.*, pag. 289. Il Madai stesso rappresentava la teoria più rigorosa, mentre i giuristi moderni in preponderanza rendono omaggio alla opinione più mite. Ad essa anche bisogna accedere. Solo, e ciò per lo più si tralascia, occorre considerare lo sviluppo storico. Il principio della perpetuazione venne posto dai giuristi repubblicani come un principio indipendente ed incondizionato. Esso è una *constitutio iuris*: fr. 91, § 3, D. *de verb. obl.*, 45, 1. Paulus, libro 17, *ad Plautium*: « Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit « debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit »; cfr. fr. 82, § 1, D. *eod.*, fr. 24, D. *de usuris*, 22, 1. [Fr. 82, § 1 cit.: « Si post moram « promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret »; fr. 24 cit.: « ..... perpetuam facit stipulationem »]. Nondimeno sin dall'epoca imperiale questa massima dell'antica giurisprudenza mosse dei dubbi. Ulpiano, libro 22, *ad Sabinum* — fr. 47, § 6 D. *de leg.* I. — riferisce un'osservazione di Labeone a giustificazione di essa: « Item si fundus chasmate perierit Labeo ait « utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam « id evenerit: potuit enim eum acceptum legalitarius vendere ». La sentenza di Labeone illuminò. Ciò che egli aveva espresso, a giustificazione dell'antica regola, veniva ora trattato come il principio giuridico determinante. Ulpiano, libro 16, *ad edictum*, fr. 15, 3, D. *de rei vindicatione*, 6, 1, ne cava delle conseguenze: « Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa pos- « sessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte « distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si « ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus ». Cfr. fr. 14, § 1, D. *depositi*, 16, 3. [« Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive « cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si « homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est « dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique « cum interitura esset ea res et si restituta esset actori »]. La modificazione dell'antica regola ad opera di Ulpiano deve riguardarsi come la norma decisiva. Essa corrisponde all'equità. Però il creditore non deve, come altri opinano, provare, che egli, data la prestazione in tempo debito, avrebbe alienato la cosa; al convenuto spetta invece la prova, che il creditore non avrebbe alienato. Per l'onere della prova da parte del creditore, riguardo alla vendita, sta tra gli altri il Kniep, *loc. cit.*, vol. II, pag. 45. Cfr. su questa questione il Windscheid, vol. II, § 280, nota 14 e gli scrittori ivi citati. Del resto il debitore soddisfa al suo onere della

2. Il debitore è tenuto ancora per la diminuzione di prezzo, subita dalla cosa dovuta dopo la mora (3).

Anche ciò era una conseguenza dell'idea, che dovesse attribuirsi al creditore ciò che egli avrebbe potuto ottenere dalla vendita dell'oggetto dovutogli, se gli fosse stato consegnato in tempo debito.

Il possibile maggior valore, del tempo intermedio tra il principio della mora e l'effettiva prestazione o la condanna, spetta al creditore solo quando dimostri, che, data la puntuale consegna, avrebbe utilizzato appunto quel momento favorevole.

Solo il ladro deve senz'altro corrispondere il massimo valore del tempo intermedio. Egli deve acconsentire, a che il creditore faccia valere di fronte a lui anche delle lontane probabilità di guadagno (4).

3. Il creditore, dal momento della mora in poi, ha diritto ai frutti ed agli altri prodotti, della cosa dovuta, che il debitore ha ricavato od avrebbe dovuto ricavare, come pure ai possibili maggiori introiti che il creditore avrebbe potuto conseguire dagli oggetti dovuti, data la loro puntuale consegna. In particolare spettano a lui gl'interessi moratori, e quindi di regola gl'interessi dell'uso locale (5-6).

---

prova, quando dimostri delle circostanze, dalle quali risulti con grande probabilità, che il creditore non avrebbe venduto. La certezza in simili fatti ipotetici non si può ottenere. Secondo il Cod. civ. germ., § 287, il debitore è responsabile per l'impossibilità della prestazione verificatasi durante la mora per caso fortuito, salvochè dimostri che il danno si sarebbe verificato anche data la prestazione in tempo debito.

(3) Fr. 3, § 3, D. *d. a. e. v.*, 19, 1. Pomponius, libro 9, *ad Sabinum*: « Si « per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, « utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem « deducitur..... ». Francamente in questo passo deve supporsi, che il venditore subito dopo la vendita cadde in mora, pentendosi del negozio.

(4) Fr. 8, § 1, D. *de condictione furtiva*, 13, 1. Ulpianus, libro 27, *ad edictum*: « Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. « placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum « deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere « videtur ». A torto più d'uno trae da questo testo una regola generale della mora; vedi Windscheid, vol. II, § 280, nota 19.

(5) Fr. 39, § 1, D. *de leg.* I.; Paulus, *Sent.*, II, 12, § 7; fr. 17, § 1, D. *de R. V.*, 6, 1. [Fr. 39, § 1 cit.: « Fructus autem hi deducuntur in petitionem, « non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit: et id in operis « servorum vel vecturis iumentorum vel naulis navium dicendum, quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum aedificiorum intellegendum erit. « in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus: iudex igitur usu- « rarum modum aestimabit et statuet. ipsius quoque rei interitum post moram « debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius prae- « statur. item partus ancillarum et, si servus fuerit legatus, et hereditas vel « legatum vel quid per eum adquisitum sit heres praestare debet ». Paulus, *Sent.* cit.: « In iudicio depositi ex mora et fructus veniunt et usurae rei depo-

Se il creditore è minorenne, gl'interessi di uso devono essergli pagati già fin dalla scadenza del suo credito (7).

---

sitae praestantur »; fr. 17, § 1 cit.: « Idem Iulianus eodem libro scribit, si « moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum « rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse. idem Iulianus ait non « solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam: et ideo et partum venire « in restitutionem et partuum fructus. usque adeo autem et causae veniunt, ut « Iulianus libro septimo scribit, si per eum servum possessor adquisierit actionem « legis Aquiliae, restituere cogendum. quod si dolo malo ipse possessor desierit « possidere et aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis aut actiones « suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. sed et fructus, quos ab « alio possessore percepit, restituere eum oportet: lucrum enim ex eo homine, « qui in lite esse coeperit, facere non debet. sed fructus eius temporis, quo tem- « pore possessus est ab eo qui evicerit, restituere non debet: sed quod dicit de « actione legis Aquiliae, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, « quia plenum ius incipit habere »]. PETRAŽYCKI, *Il reddito* [Einkommen], vol. II, §§ 7, 15. Mentre la perpetuazione dell'obbligazione ed i principii giuridici da essa derivanti devono la loro origine agli *stricti iuris iudicia* e ad una *constitutio* dei « giuristi, le pretese a causa degli interessi moratori e dei frutti si sono svilup- « pati nei *bonae fidei iudicia*: fr. 32, § 3, D. *h. t.*, 22, 1; fr. 24, D. *depositi*, 16, 3. [Fr. 32, cit.: § 2) « In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. « 3) Quid ergo: si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu « eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium), cuius per- « sona circa moram spectabitur? et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex « mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus « a patre actor consecutus est filius praestet: quod si filius moram fecerit, tunc « actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit »; fr. 24 cit.: « ..... sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo « desiderare temporis ante moram..... »]. Come ciò venne esteso ai legati risulta da GAIO, *Inst.* II, § 280, PAULUS, *Sent.* III, 8, § 4; fr. 24 D. *de usufructu legato*, 33, 2; fr. 34 D. *h. t.*, 22, 1. [GAI., II, § 280 cit.: » Item fideicommissorum usurae « et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum de- « bebit: legatorum vero usurae non debentur: idque rescripto divi Hadriani signi- « ficatur. scio tamen Iuliano placuisse in eo legato quod sinendi modo relinquitur « idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus « magis obtinere video »; PAUL., *Sent.* cit.: « Ex mora praestandorum fideicom- « missorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt: mora autem fieri « videtur, cum postulanti non datur »]. ; fr. 24 cit.: « Uxori fructu bonorum « legato faenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex « senatus consulto cautionem praestabitur. igitur usuras nominum in hereditate « relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci « necesse est. non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes « dumtaxat legatario dabuntur aut, quod propter moram usuras quoque reddi « placuit, super his non cavebitur »; fr. 34 cit. rip. al § 29, n. 11]. La delibera- zione della Dieta imperiale del 1600, § 139, riconosceva in generale ai creditori senza distinzione gli interessi moratori.

(6) Per le eccezioni cfr. più sopra § 29, nota 11. Il Cod. civ. germ., § 288, cap. 1° dispone: « I debiti di danaro producono durante la mora gli interessi del 4 % all'anno. Se il creditore per un altro motivo giuridico può pretendere interessi maggiori, questi dovranno essere corrisposti ».

4. Se il diritto di far valere un credito è limitato da un termine finale, questa limitazione vien meno, se il debitore, prima che quel termine giunga, cade in mora (8).

Al creditore non è vietato di provare e di far valere un maggiore interesse al puntuale adempimento, di quanto gli viene assicurato dalle svolte regole di diritto. In particolare egli può a questo scopo provare,

---

(7) Cfr. più sopra § 29. È controverso, se i debitori del minore siano obbligati a pagare solamente gl'interessi del loro debito dal momento della scadenza, ovvero se per la durata della minore età sussista la mora con tutte le sue conseguenze. La costituzione di Severo, alla quale rimonta la regola di diritto, parlava solo di un obbligo al pagamento degli interessi: fr. 87, § 1, D. *de leg.* II. PAULUS, libro 14, *responsorum* « ..... quamvis enim constitutum sit, ut minoribus XXV « annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, « quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur ». Così la c. 5 Cod., *de a. e. v.*, 4, 49. [« Curabit praeses provinciae compellere emptorem, qui nactus pos- « sessionem fructus percepit, partem pretii quam penes se habet cum usuris resti- « tuere, quas et perceptorum fructuum ratio et minoris aetatis favor, licet nulla « mora intercesserit, generavit »]. In realtà tale obbligo venne indicato come una conseguenza della mora in senso obiettivo; fr. 26 D. *de fidecommissariis lib.* 40, 5; c. 3, Cod. *in quibus causis i. i. r.*, 2, 40. [Fr. 26, § 1 cit.: « ..... certe « minoribus XXV annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora « esse: nam qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re moram « esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet « etiam in libertatibus hoc idem admitti.... », c. 3 cit.: « In minorum persona « re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri cre- « ditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei con- « tractibus et fideicommissis et in legato »]. Ben si potè anche tentare qua e là di utilizzare il responso per casi analoghi. Ma di ciò non deve farsi gran caso, di fronte all'esclusione di una vera mora nei passi sopra riportati. Altrimenti la costituzione di Severo, ben giustificabile in sè, acquisterebbe un carattere ingiusto ed esorbitante. Riguardo a ciò non può trarci in errore neanche il fr. 3, § 2 D. *de adimendis legatis*, 34, 4, il quale determina il WINDSCHEID all'opinione contraria. Si tratta in esso della rettificazione di una ambigua disposizione del testatore, secondo la sua presunta volontà. [« Idem dicendum est et fideicommissa here- « ditate puero data aut, si ante restitutam decessiset, matri eius relicta: ut, si « puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur, si postea, ad pupilli « heredes fideicommissum transmittatur utpote re ipsa mora subsecuta »]. Cfr. BRINZ, vol. II, pag. 298, nota 39; SEUFFERT, *Archivio*, vol. XXXXVII, n. 13 (Corte d'appello di Oldenburg). Il Cod. civ. germ. non conosce questo privilegio del minore.

(8) Fr. 3, § 1 e 2, D. *de adim. leg.*, 34, 4. [« Si quis Titio legaverit sic: ' Titio « dato aut, si Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato ', secundum « meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, id est et Sempronio et « heredi Titii. Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati « exactio transmittitur Sempronio repellendo: sin autem nulla mora intercesserit, « tunc Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes. sed si ante diem « legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum »]. WINDSCHEID. vol. II, § 280, nota 21.

che il pagamento fatto in tempo di un debito di danaro gli avrebbe prodotto maggiore guadagno d'interessi, e rimosso una maggiore perdita, di quanto lo risarciscano gl'interessi di uso (9).

La mora di uno dei contraenti non dà all'altra parte, secondo il diritto comune, alcun diritto di risoluzione, se non quando sia convenuto, o derivi dalla natura del negozio, o sia giustificato dall'equità secondo la particolare condizione delle cose (10-11).

Diversamente dispone il Codice civile. Per esso il creditore, se la prestazione in conseguenza della mora sia per lui priva d'interesse, può reclamare il risarcimento dei danni pel mancato adempimento, rifiutando la prestazione. Ma in un contratto bilaterale la parte non negligente può assegnare all'altra un congruo termine per compiere la prestazione, dichiarando di rifiutare l'accettazione della prestazione dopo il decorso del termine. Ed allora è autorizzata a domandare il risarcimento dei danni pel mancato adempimento, od a recedere dal contratto; la pretesa all'adempimento è esclusa. Se in conseguenza della mora, l'adempimento non offra alcun interesse per la parte diligente, non vi è bisogno della precedente determinazione di un termine (12).

§ 42. — **Fine della mora.**

La mora del debitore cessa (*mora purgatur*) (1):

1. Per una completa offerta di pagamento, in tempo ed in luogo opportuno.

Non fa alcuna differenza, se il pagamento venga offerto dal debitore stesso o da un terzo (2).

---

(9) Così espressamente la deliberazione della Dieta imperiale del 1600, § 139. Cod. civ. germ. § 288, capov. 2° : « Il far valere un danno maggiore non è escluso ».

(10) Cfr. Gustavo Lehmann, *L'allargamento delle conseguenze della mora del debitore* [Die Ausweitung der debitorischen Versugsfolge], 1891 ; Seuffert, *Archivio*, vol. XLVII, n. 101 (Corte d'appello di Kassel).

(11) Cfr. anche riguardo all'arra più sopra § 12.

(12) Cod. civ. germ., §§ 286, capov. 2°, 326 ; cfr. anche § 361, sopra al § 35, nota 4.

(1) I giuristi romani più antichi ammettevano, che la perpetuazione del debito una volta verificatasi mediante la mora, non abbia fine con una posteriore offerta della prestazione, ma solo col reale adempimento o con la *condemnatio* del debitore. Contro di ciò si dichiarò Celso ; fr. 91, § 3, D. *de verb. obl.*, 45, 1...... « Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem pro- « miserat, posse emendare eam moram postea offerendo : esse enim hanc quae- « stionem de bono et aequo : in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae « perniciose, inquit, erratur ». A lui si associò Giuliano e la giurisprudenza posteriore.

(2) Fr. 72, § 2, D. *de solutionibus*, 46, 3 [« Sed quid si ignorante debitore ab « alio creditor eum stipulatus est ? hic quoque existimandus est periculo debitor

Solo quella offerta è sufficiente, la quale abbraccia l'intero debito, come si è formato in conseguenza della mora. Di regola vi è bisogno di una offerta reale. In nessun caso bastano le semplici parole del debitore finora moroso. L'esser egli pronto all'adempimento si deve invece manifestare in fatti, dai quali risulti la seria intenzione di soddisfare immediatamente il suo debito.

2. Cessa inoltre di regola la mora per l'assenso del creditore alla sosta del debito. Ciò avviene ad esempio mercè un contratto di dilazione del debito, come pure mediante una novazione condizionata (3), od anche mediante l'accettazione di una cambiale a scadenza futura, od infine di una garanzia (4-5).

« liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator » accipere noluisset »].

(3) Fr. 54, D. *de pactis*, 2, 14 [riportato al § 40, nota 3]. — In una novazione condizionata si ha la fine della mora anche nel caso, in cui la nuova obbligazione non venga in essere. Così decise Marcello, libro 20, *Digestorum*, fr. 72, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3 : « debitorem, cum stipulanti creditori sub condi« cione promisit, non videri in solutione hominis cessasse »; cfr. fr. 14, pr., D. *novationibus*, 46, 2 [« ... unde Marcellus et si post moram Stichus in condicio« nalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obli« gationem putat »]. D'altra opinione era veramente Venuleio ; fr. 31, pr., D. *de novationibus*, 46, 2 [« Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem « sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus « humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quo minus « daret. ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quo minus « dares, etiam defuncto eo teneris : et si, priusqnam decederet, cum iam mora « facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea deces« serit, deinde condicio exstiterit, cum iam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio « quoque fiat »]. Venuleio partiva ancora dal principio più antico (vedi nota 1) che la perpetuazione una volta verificatasi venga rimossa solo mediante l'adempimento. Dunque si ha solo qui una reminiscenza storica. Nondimeno le opinioni sono assai divise. Cfr. particolarmente il Kniep, *Influenza della novazione condizionata sulla originaria « obligatio »* [Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche « obligatio »], 1860, pag. 49, e Römer, *La novazione condizionata* [Die bedingte Novation], 1863, pag. 142.

(4) Non può approvarsi l'opinione, che la mora verificatasi contro l'assente senza interpellazione, si estingua al ritorno di lui. Ciò afferma tra gli altri il Windscheid, vol. II, § 281, nota 6, appoggiandosi al fatto, che anche la mora che abbia avuto luogo in favore del creditore minore, si estingua alla maggiore età di esso. Ma se anche si volesse ammettere una vera mora nel caso della minore età del creditore, il che non è esatto (cfr. sopra, § 41, nota 7) pur nondimeno i rapporti non sono identici. Infatti il diritto del creditore minorenne è un particolare privilegio ; la mora, nel caso che il debitore non possa trovarsi, risulta dall'essenza stessa della cosa. Come mai dovrebbe incombere al creditore l'obbligo di tenersi sempre al corrente sulla presenza o sull'assenza del debitore ?

(5) Muove difficoltà la regola frequentemente insegnata (per es. dal Windscheid, vol. II, § 281, nota 8) che : « mediante la cessazione del diritto di credito non solo si opera l'effetto, che il debitore non è più in mora, ma egli viene con ciò libe-

La mora cessa invero in tali casi, ma gli aumenti da essa derivati al credito continuano ad esser dovuti. Naturalmente il creditore può del resto anche rinunziare a tutte quante le pretese, che gli sono provenute dalla mora (6).

§ 43. — **Mora del creditore** (1).

Il rifiuto ingiustificato di accettare la prestazione debitamente offerta pone il creditore in mora. Questa *mora creditoris* od *accipiendi* fa riscontro alla mora del debitore.

Certo l'accettazione della prestazione offerta è in sè un diritto e non un dovere del creditore (2). Solo allora egli potrà quindi esser citato

---

rato anche da quell'incremento della sua obbligazione, di già stato prodotto dalla mora ». È impossibile che ciò abbia il significato : che se il credito, quale si è conformato al tempo della estinzione, viene estinto, le conseguenze della mora siano anche eliminate ; ciò sarebbe infatti una tautologia. S'intende piuttosto di dire, che se l'originario oggetto del debito, per es. la quantità di frumento da consegnarsi, vien consegnata ed accettata dopochè il debitore entrò in mora, il creditore non può più far valere le sue pretese a causa della mora, per es., quella diretta alla differenza di prezzo, che egli poteva pretendere dal debitore moroso in conseguenza del ribasso del prezzo del frumento. Ma ciò è infondato. È inesatto il richiedere una riserva del creditore, affinchè la pretesa a causa delle conseguenze della mora sia conservata ; ancora più inesatto è francamente l'asserto del Mommsen, *loc. cit.*, che la riserva si lasci dietro una *naturalis obligatio*. Il debito come esisteva al momento del pagamento, è piuttosto in tal caso estinto solo parzialmente, e nulla perciò impedisce di farlo valere, finchè ancora non è saldato. La cosa sarebbe differente solo quando il creditore espressamente o tacitamente avesse rinunziato a quella pretesa, nell'atto dell'accettazione del pagamento.

(6) Il Brinz, vol. II, § 274 distingue la « fine della mora » e la « rimozione » di essa, per la quale rimozione la mora si estingue con tutti i suoi effetti sino *ab initio*. Tale rimozione starebbe nel condono della mora, che estingue non solo l'effetto della colpa, ma anche la colpa stessa. Questa « estinzione » noi riteniamo impossibile. La mora è un fatto che avvenne, e non può aversi come non avvenuto.

(1) Kohler, *Accettazione e mora nell'accettazione* [Annahme und Annahmeverzug] negli *Annali dello* Ihering, vol. XVII, n. 8 ; Schey, *Concetto ed essenza della mora creditoris* [Begriff und Wesen der mora creditoris], 1884 ; Schmidt-Scharff, *Mora accipiendi del compratore* [Mora acc. des Käufers]. Francoforte, 1891 ; Hirsch, *Per la revisione della teoria della mora del creditore* [Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge], 1895.

(2) Ciò viene accentuato dal Kohler, *loc. cit.*, specialmente pag. 267 sgg. ; e, a dir vero, con fondamento. Però lo stesso Trib. Imp. comm. vol. XI, pag. 155, in conformità delle prime istanze, ha condannato il padrone di una fabbrica, il quale aveva conchiuso con un imprenditore un contratto per la trasformazione delle sue stufe di calce, a consegnare a quest'ultimo « le stufe non ancora trasformate, perchè fossero trasformate secondo il sistema di lui ». Ma a ciò il padrone del negozio non era tenuto, bensì solo al pagamento del compenso convenuto per la prestazione a lui dovuta, la cui accettazione o non accettazione dipendeva dal suo piacimento, essendo essa stipulata solo a suo favore. Così anche il Seuffert, *Archivio*, vol. XLVI, n. 256 (Corte d'appello di Brunswick).

e condannato all'accettazione di essa, quando l'abbia assunta come debito, secondo le parole ed il senso del relativo contratto (3). Tuttavia egli non può in nessun caso tenere a bada il debitore, ed accrescerne così la obbligazione. Se dunque si sottrae alla propria cooperazione al fine di sciogliere il rapporto obbligatorio, la conseguenza di ciò è un corrispondente sgravio della responsabilità del debitore (4).

Per la mora del creditore si presuppone (5):

1° Completa offerta da parte del debitore (6), al luogo e nel tempo opportuno.

Persino l'offerta del pagamento prima della scadenza non può essere respinta, se il tempo dell'adempimento è stato differito nell'esclusivo interesse del debitore, il che nel dubbio deve ritenersi (7).

Di regola, perchè il creditore entri in mora, vi è bisogno di una effettiva offerta (offerta reale). Frattanto però la semplice dichiarazione del debitore di voler adempire deve bastare, se il creditore conformemente al contratto debba ancora fornirgli delle più minute determinazioni sull'eseguimento della prestazione, e tralasci di ciò fare; così pure se il creditore non si ritrovi al luogo dell'adempimento, ed una spedizione a lui diretta dell'oggetto dovuto, a suo rischio ed a sue spese, non sia eseguibile, ovvero nei negozi del rispettivo genere non usuale; finalmente anche, se il creditore in precedenza abbia esplicitamente dichiarato, che non accetterà la prestazione, nè eseguirà una controprestazione, cui egli nel tempo stesso sia tenuto (8).

---

(3) Sull'obbligo dell'accettazione che incombe al compratore, cfr. più sotto, § 97, nota 9.

(4) Cfr. Ulrich, *Deposito e derelizione* [Deposition und Dereliktion], pag. 2; in senso contrario, veramente il Kohler, *loc. cit.*, pag. 279. Vedi anche Schey, *loc. cit.*, pag. 93.

(5) Cfr. fr. 72, pr., D. *de solutionibus*, 46, 3: Marcellus, libro 20, *Digestorum*: « Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iuxta causa ea accipere « recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest « se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum « teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare « pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse ».

(6) Entra il creditore in mora, se un terzo offra il pagamento, senza averne ricevuto mandato dal debitore? Ciò era dubbio secondo il diritto comune. Secondo il Cod. civ. germ., § 267, capov. 2°, il creditore può rifiutare la prestazione del terzo solo nel caso che il debitore contraddica. Negli altri casi dunque egli entra in mora.

(7) Una opportuna modificazione è stata disposta dal Cod. civ. germ., § 299: [« Se il tempo della prestazione non è determinato, o se il debitore è autorizzato a prestare prima del tempo stabilito, il creditore non cade in mora, pel fatto che egli sia impedito temporaneamente di accettare la prestazione offertagli, salvo che il debitore gli abbia in tempo opportuno precedentemente notificata la prestazione »].

(8) Trib. Imp. comm., vol. X, pag. 238; vol. XIII, pag. 59; Trib. Imp. vol. I, pag. 311; Windscheid, vol. II, § 345, nota 5. Il Cod. civ. germ., § 294, richiede

2° La mora del creditore consiste precipuamente nel rifiuto dell'offerta prestazione, ma non meno nell'omissione dei passi che gl'incombono secondo il contratto, e che devono precedere la esecuzione del negozio, nel caso che dal debitore sia partito analogo invito (9).

3° L'indugio dev'essere ingiustificato, cioè affetto da colpa (10). La colpa però non deve essere particolarmente dimostrata. Deve presumersi nel caso del rifiuto della prestaziane offerta. Il creditore quindi,

---

che la prestazione venga di fatto offerta al creditore, ma nel caso del § 295 si accontenta di una offerta orale. Cfr. inoltre § 296, che fa valere anche a questo riguardo il principio: *dies interpellat pro homine* [§ 295, cit.: « Un'offerta verbale del debitore è sufficiente, quando il creditore gli ha dichiarato che egli non accetterà la prestazione, o quando per la effettuazione della prestazione è richiesto un fatto del creditore, particolarmente se il creditore debba rilevare la cosa. Alla offerta della prestazione è parificato l'invito al creditore di intraprendere subito l'atto richiesto »; § 296: « Se per il fatto che il creditore deve compiere è determinato il tempo secondo il calendario, vi è bisogno della offerta solo quando il creditore intraprenda quel fatto in tempo debito. Lo stesso vale quando a tal fatto debba precedere una intimazione, e il tempo per l'esecuzione di esso sia determinato in modo che dall'intimazione in poi si possa computare secondo il calendario »].

(9) Cfr. c. 4 Cod. *de usuris pupillaribus*, 5, 56 [« ... Verum adversus futuram « calumniam et ut, si quid ei debetis, cursus eius inhibeatur usurarum, denun- « tiationibus frequenter interpositis ad iudicium eum provocate ac, si rem dissi- « mulatione proferat, actis apud praesidem provinciae factis voluntatis vestrae « rationem declarate: quo facto tam vobis ipsis quam securitate filiorum vestrorum « consulatis »]. Ai tempi nostri la questione è stata particolarmente discussa riguardo a quel negozio assai frequente nel commercio del ferro, nel quale viene venduta una quantità di ferro ad un cosidetto prezzo di base, col patto che il compratore debba specificare le forme e le dimensioni della merce da consegnarsi, secondo una relativa lista progressiva dei prezzi. Il compratore, il quale malgrado dell'invito del venditore non intraprende la specificazione, entra in mora; Trib. Imp., vol. X, pag. 95; vedi ivi le decisioni del Trib. Imp. comm. e la bibliografia; OERTMANN, nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. LXXXV, n. 10. Oramai il Cod. comm., § 375, ha regolato l'importante negozio [§ 375, cit.; « Se nella vendita d'una cosa mobile è riservata al compratore la più precisa determinazione sulla forma, misura o su simili rapporti, egli è tenuto a farla. — Se il compratore è in mora nell'adempimento di quest'obbligo, il venditore può invece del compratore assumere la determinazione medesima, ovvero, conforme al § 326 del Codice civile, reclamare il risarcimento del danno pel mancato adempimento, o recedere dal contratto. Nel primo caso il venditore deve partecipare al compratore la determinazione da lui fatta, e nel tempo stesso assegnargli un congruo termine per l'intrapresa d'una diversa determinazione. Se questa non viene effettuata dal compratore nel termine indicato, la determinazione del venditore è decisiva »].

(10) La colpa è richiesta tra gli altri dal WINDSCHEID, vol. II, § 345, nota 8; contro di lui si dichiarano: KOHLER, *loc. cit.*, pag. 409; BRINZ, vol. II, pag. 308; HIRSCH, *loc. cit.*, pag. 215. Ma chi fa dipendere la mora del debitore dalla colpa di lui, dovrà richiedere tale colpa anche per la mora del creditore. Infatti i due istituti corrono parallelamente. Vedi SCHEY, *loc. cit.*, pag. 80, cfr. pag. 105; fr. 37, D. *mandati*, 17, 1, AFRICANUS, libro 8, *quaestionum*... « nisi forte aut per pro- « missorem steterit, quo minus sua die solveret aut per creditorem quo minus

per rimuovere da sè il rimprovero della mora, deve da parte sua addurre i motivi che lo giustifichino. Pel Codice civile la colpa del creditore non è richiesta.

Malgrado della mora del creditore, continua a sussistere l'obbligazione del debitore, e persino gl'interessi continuano a decorrere (11), ma la sua obbligazione si è attenuata:

a) Il debitore è ancora tenuto per il dolo e per la colpa grave. Il rischio della cosa offerta trapassa al creditore. Ciò vale anche per il caso di un debito di cosa generica, in quanto ciò che si è offerto venga tenuto in luogo separato (12).

« acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet ». — Se « *frustratio* » nella *mora debitoris* significa indugio colposo, questa parola nella *mora creditoris*, non può certo avere un altro significato. Anche il fr. 72, pr., D. *de solutionibus*, 46, 3 ha qui importanza, in quanto ricollega le conseguenze della mora al rifiuto dell'accettazione del pagamento « *sine iuxta causa* ». Un rifiuto dell'accettazione del pagamento, nel quale niun rimprovero possa rivolgersi al creditore, ha evidentemente il suo giusto fondamento. Cfr., nondimeno, il KOHLER, nell'*Archivio del Diritto civile*, vol. XIII, pag. 149.

(11) Ciò perchè il debitore dispone ancora del capitale e può utilizzarlo. Solo nel caso di un deposito, cessa il corso degl'interessi: fr. 28, § 1, D. *de administratione tutorum,* 26, 7; c. 9, c. 19 Cod., *de usuris*, 4, 32. [fr. 28, § 1 cit.: « Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, « usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi « videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, « ad praestationem usurarum non compelli. ULPIANUS *notat*: non sufficit optulisse, « nisi et deposuit obsignatam tuto in loco ». c. 9 cit.: « Si per te non stetit « quominus intra tempora praefinita pecuniam minorum usurarum solveres, sed « per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud iudicem « datum probaveris, eius temporis, quo per te non stetisse apparuerit, usurae « maiores non exigentur. quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id « factum apparuerit, in usuras non convenieris ». c. 19 pr. cit.: « Acceptam « mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non « suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum « inhibeatur »]. SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLVI, n. 175 (Corte di Appello di Stuttgart). Veramente gl'interessi moratori non continuano a decorrere, perchè il debitore non è più in mora, quando il creditore è posto in mora. Il Cod. civ. germ. al § 301 dispone: « Il debitore di un debito di danaro fruttifero non deve corrispondere interessi durante la mora del creditore. Cfr. anche § 302.

(12) Fr. 5, D. *de periculo et commodo,* 18, 6; fr. 72 pr., *de solutionibus,* 46, 3, sopra riportato alla nota 5; fr. 84, § 3, D. *de leg.* I. [Fr. 5 cit.: « Si per emptorem « steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo ven- « ditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. si verbi gratia amphorae « centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec « admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat »; fr. 84, § 3 cit.: « Si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quo minus « Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali « heredi proderit »]. Analogamente il Cod. civ. germ., § 300: [« Il debitore, durante la mora del creditore deve rispondere solo del dolo e della negligenza

b) Il debitore, dopo una premessa comminazione, può liberarsi dell'oggetto dovuto. Secondo il diritto antico egli poteva senz'altro gettarlo via, od altrimenti abbandonarlo, e liberarsi così mediante la derelizione. Pel diritto progredito egli è autorizzato a ciò solo quando non disponga di altri mezzi più miti, per sbarazzarzi della cosa; dacchè il diritto non può tollerare la frivola distruzione dei beni, od addirittura le vessazioni (13).

Ad essi mezzi appartiene il deposito della cosa dovuta, a rischio e spese del creditore, presso una autorità (14) o presso privati.

Egli è non meno libero di vendere l'oggetto dovuto a rischio e spese del creditore (la cosiddetta « vendita di proprio arbitrio ») (15). Allora invece dell'oggetto deve il prezzo riscosso dalla vendita.

Il debitore ha diritto al risarcimento delle spese e dei danni deri-

---

grave. — Se è dovuta una cosa determinata solo secondo il genere, il rischio passa al creditore nel momento in cui egli entra in mora, per non avere accettato la cosa offerta »].

(13) Fr. 1, § 3, D. *de periculo et commodo*, 18, 6. ULPIANUS, libro 28, *ad Sabinum* : « Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum « praestituit nec intra diem admensum est : effundere autem non statim poterit, « priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, « ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus « est potius : ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere... commodius « est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore « reddatur, aut vendere vinum bona fide ». In modo ancora più determinato risulta dal fr. 8, D. *de tritico*, 33, 6, che siffatto getto è un rimedio estremo ammissibile solo in casi di necessità. [« Si heres damnatus sit dare vinum, quod « in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat. periculose heredem « facturum, si id vinum effundet : sed legatarium petentem vinum ab herede doli « mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram « eius damnum passus sit heres »]. Cfr. ancora HIRSCH, *loc. cit.*, pag. 18. Secondo il § 303, Cod. civ. germ., il debitore obbligato alla consegna di un fondo è autorizzato ad abbandonare il possesso, dopo verificatasi la mora del creditore e dopo una precedente intimazione.

(14) Cfr. più sotto § 61 ; Cod. civ. germ., § 372, periodo 1°. [« Danaro, cartevalori ed altri titoli di credito, come pure oggetti preziosi, possono essere depositati dal debitore in un pubblico ufficio a ciò destinato, per conto del creditore, quando questi sia in mora per l'accettazione »].

(15) Cfr. Cod. civ. germ., §§ 383 sgg. [§ 383 : « Se la cosa mobile dovuta non è atta al deposito, il debitore può farla vendere all'incanto nel luogo della prestazione, nel caso della mora del creditore, e depositare il ricavato. Lo stesso vale nei casi del § 372, periodo 2°, quando sia a temersi il guasto della cosa, o la custodia di essa sia congiunta a spese sproporzionate ». — § 372, per. 2° : « Lo stesso vale, quando il debitore non possa adempiere o non possa con sicurezza adempiere la sua obbligazione, per altro motivo fondato sulla persona del creditore, o in conseguenza della incertezza sulla persona del creditore, che non riposi sopra sua negligenza »].

vatigli dalla mora del creditore. Egli può farlo valere, ritenendo ciò che deve, ovvero mediante azione (16).

La mora del creditore cessa, quando egli si dichiara pronto ad accettare l'oggetto del debito. Ma questa dichiarazione ha soltanto valore pel caso, che egli nel tempo stesso si esibisca alla controprestazione che gl'incombe, ed al risarcimento del danno derivato all'altra parte dalla mora (17). Cessa pure mediante accordo sulla ulteriore durata del debito.

III. — *Risarcimento dei danni.*

§ 44. — **Il danno ed il suo risarcimento in generale** (1).

Gli svantaggi che ci colpiscono si caratterizzano come danno, *damnum*, se essi, secondo l'ordinario corso delle cose, o per nulla affatto, od almeno non ancora, erano ad aspettarsi. Essi possono riferirsi al nostro patrimonio (2) ma anche ad altri beni.

Perchè il danneggiato possa rimuovere da sè il danno, e pretenderne il risarcimento dai terzi, occorrono particolari motivi. Se questi mancano, vale la massima « *casus a nullo praestantur* » (3).

---

(16) Fr. 8, D. *de tritico,* 33, 6; fr. 38, § 1, D. *de a. e. v.* 19, 1. [fr. 38, § 1 cit.: « Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia »]. Secondo il Cod. civ. germ., § 304, il debitore può chiedere il risarcimento per le maggiori spese che egli dovè sopportare per l'offerta rimasta priva d'effetto, come pure per la custodia e per la conservazione dell'oggetto dovuto.

(17) Fr. 18, D. *de periculo et commodo,* 18, 6. [« Illud sciendum est, cum « moram emptor adhibere coepit. iam non culpam, sed dolum malum tantum « praestandum a venditore. quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, « Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, « sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo « ego non acceperim? sane hoc casu nocere mihi deberet. sed si per emptorem « mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, « cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem mora venditori nocere »].

(1) Fr. Mommsen, *Contributi al diritto delle Obbligazioni* [Beiträge zum Obligationenrecht]: vol. II, *Per la teoria dell'* « *id quod interest* » [Zur Lehre vom Interesse], 1855; Nussbaumer, *Sulla misura del risarcimento del danno* [Ueber das Mass des Schadensersatzes] 1855; Cohnfeldt — e più tardi il Ryck — *La teoria dell'* « *id quod interest* [Die Lehre vom Interesse], 1865.

(2) Al danno patrimoniale circoscrive l'espressione il fr. 3, D. *de damno infecto,* 39, 2. Paulus, libro 45, *ad edictum*: « Damnum et damnatio ab ademptione et « quasi deminutione patrimonii dicta sunt ».

(3) Fr. 23, in fine, D. *de R. I.,* 50, 17. [«..... animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent,

Questi motivi sono numerosi e di varia specie. Si può essersi assunto il risarcimento dei danni per contratto, come nella conclusione dei contratti di assicurazione. L'obbligo del risarcimento può inoltre essere congiunto immediatamente per legge ad altre fattispecie: tale l'obbligo dell'indennizzo a causa dell'espropriazione della proprietà privata per pubblica utilità.

Ma in particolare è obbligato al risarcimento dei danni colui che ci ha danneggiati con atti od omissioni, e propriamente con sua colpa (4).

Un tale danno può consistere nel mancato adempimento, o nel difettoso o ritardato adempimento di contratti. Ma esso può anche essere extracontrattuale.

Da ciò si vede, come l'obbligo del risarcimento ora è primario, per es., pei danni extracontrattuali, o nei contratti di assicurazione, — ora è solo eventuale, quando cioè sorga a causa di lesione di un obbligo contrattuale, ed assicura il risarcimento per la prestazione contrattualmente convenuta.

Nell'ultimo caso tale obbligo o subentra senz'altro al posto della prestazione contrattuale, e rappresenta quindi l'interesse principale del danneggiato, ovvero deve essere soddisfatto accanto alla prestazione principale, dacchè questa non corrisponde esattamente al contratto, essendo incompleta o ritardata: interesse accessorio.

Il risarcimento di un danno patrimoniale avviene in vario modo: ora più, ora meno completo.

Nel modo più efficace si verifica mediante il ristabilimento dello stato di cose, quale sarebbe senza il danneggiamento (5).

« rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo « praestantur »]. Wächter, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. XV, pag. 117. Sulla regola, che scrittori precedenti spesso ponevano: « casum sentit dominus », cfr. Wächter, *loc. cit.* Attualmente la sua attendibilità non viene facilmente contestata.

(4) Il diritto romano progredito collegava di preferenza l'obbligo del risarcimento alla colpa; cfr. Ihering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano* [Das Schuldmoment im römischen Privatrecht], 1867. Ma corrisponde alla concezione giuridica tedesca, per nulla scomparsa dalla coscienza popolare, che colui, il quale abbia anche senza colpa cagionato un danno, sia tenuto ad un compenso del danno. Così particolarmente, quando il danno si ricollega ad una intrapresa, che esca fuori del comune. Persino la condizione patrimoniale del danneggiante viene, secondo l'equità, presa in considerazione. Su questi punti di vista, estranei di certo al diritto romano, cfr. Steinbach, *Il risarcimento del danno patrimoniale* [Ersatz von Vermögensschäden], Vienna, 1888; Cod. civ. germ., §§ 829, 833, 835.

(5) Windscheid, vol. II, § 257, nota 6; vedi anche fr. 9 pr., D. *locati,* 19, 2. [« Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus « sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex con-

Ma esso non è sempre possibile, e non sempre può essere domandato. Allora si deve ricorrere al risarcimento in danaro (6).

Si deve in tal caso applicare o una norma puramente obiettiva, o subiettiva.

1° Il risarcimento si limita in alcuni casi al rimborsò del valore obiettivo di un bene sottratto, — ed è il valore della cosa (*vera rei aestimatio*), cioè il valore che quella cosa ha sul mercato (7-8).

« ducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si « dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus com- « modam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem »]. Tr. Imp., vol. XVII, pag. 112. Tale è anche il principio del Cod. civ. germ., cfr. §§ 249, 250. [§ 249: « Chi è tenuto al risarcimento deve ripristinare lo stato di cose che sussisterebbe, se non si fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento. Se per la lesione di una persona o pel danneggiamento di una cosa devesi prestare il risarcimento del danno, il creditore in luogo del ripristinamento può reclamare l'ammontare in danaro a ciò necessario ». § 250: « Il creditore può fissare all'obbligato al risarcimento un congruo termine pel ripristinamento, dichiarando di rifiutare tale ripristinamento dopo il decorso del termine stesso. Dopo il decorso del termine il creditore può richiedere il risarcimento in danaro, se il ripristinamento non venne in tempo debito effettuato; la pretesa al ripristinamento è esclusa »].

(6) Cod. civ. germ., § 251 [« In quanto il ripristinamento non sia possibile, o non sia sufficiente all'indennizzo del creditore, l'obbligato al risarcimento deve risarcire il creditore in danaro. — L'obbligato può risarcire il creditore in danaro, quando il ripristinamento sia possibile solo con sproporzionate spese »]. Il debitore, il quale fu costretto a prestare il risarcimento del danno per la mancata consegna di una cosa spettante al creditore, per es. di una cosa prestata o locata, e da lui perduta, se la cosa più tardi vien fuori egli può chiedere la cessione della cosa e rispettivamente dell'azione diretta ad essa, ovvero la restituzione del risarcimento: fr. 17, § 5, D. *commodati*, 13, 6; fr. 2, D. *de cond. sine causa*, 12, 7. [fr. 17, § 5 cit.: « Rem commodatam perdidi et pro ea pretium dedi, « deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi « praestare te debere aut quod a me accepisti reddere ». fr. 2 cit.: « Si fullo « vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato « conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione « debeat consequi pretium quod dedit? et ait Cassius eum non solum ex con- « ducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo « eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non « indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: « etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur »].

(7) Il fr. 2, § 13, D. *vi bonorum raptorum*, 47, 8, tra gli altri pone in contrapposto il « *verum rei pretium* » di fronte al « *quod interest* ». Le parole della formula « *quanti ea res est* » significavano in origine solo la « *vera rei aestimatio* »: cfr. fr. 179, D. *de V. S.*, 50, 16; fr. 193 *eod.* Esse vennero frattanto nel corso del tempo interpretate varie volte in modo estoso, di modo che non di rado compresero in sè anche l'*id quod interest*: fr. 68, D. *de rei vindicatione*, 6, 1; fr. 3, § 11, D. *uti possidetis*, 43, 17; fr. 4, § 7, D. *de damno infecto*, 39, 2; fr. 8, § 2, *ratam rem*, 46, 8 [fr. 2, § 13 cit.: « In hac actione intra

2° Per lo più il danneggiato ha il diritto di sorpassare questo limite. Egli può pretendere non solo ciò che valeva la cosa rispetto a chiunque, ma ancora il particolare valore che essa aveva riguardo a lui.

Ciò costituisce l'*id quod interest*, cioè il valore di un bene rispetto ad una determinata persona: la differenza tra l'averlo e il non averlo, in rapporto al suo patrimonio.

Ma qui non vengono in considerazione sentimenti ed opinioni puramente subiettive (9). Questi cosiddetti interessi d'affezione riposano su

---

« annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest »; fr. 179 cit.: « Inter haec verba ' quanti ea res erit ' vel ' quanti eam rem esse « paret ' nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem « fieri »; fr. 193 cit.: « Haec verba ' quanti eam rem paret esse ' non ad quod « interest, sed ad rei aestimationem referuntur »; fr. 68 cit.: « Qui restituere « iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, « manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat « omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem « dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione « in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo « fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii « interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia sive « interdicta, sive actionis in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis « quid restituitur, locum habet »; fr. 3, § 11 cit.: « In hoc interdicto condemna- « tionis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. ' quanti res est ' sic acci- « pimus ' quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere ' ..... »; fr. 4, § 7 cit.: « In eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti « ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod « non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, « non ad poenam »; fr. 8, § 2 cit.: « Si quis a procuratore status controversiam « patiatur, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu « conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, « quod procurator eum in servitutem petierit vel adversus procuratorem ex ser- « vitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res est, ei praestetur, scilicet « cum de libertate eius constiterit, id est quanti interfuerit eius de statu suo « rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit. sed Labeo « certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad « infinitum extenderetur... »]. Cfr. Brinz, vol. II, § 281.

(8) Il semplice valore reale deve tra l'altro abbuonarsi al legatario, quando il testatore scientemente legò a lui una cosa altrui, e l'erede non potè acquistarla a prezzo moderato: fr. 14, § 2, D. *de leg. III* [« Sed si cui legatum relictum « est, ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus « non vendat vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat »].

(9) Fr. 33 pr. D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2; fr. 6, D. *de operis servorum*, 7, 7; fr. 63 pr. D. *ad legem Falcidiam* [fr. 33 pr. cit.: « Si servum meum « occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem « quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. « Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singu- « lorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non « eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit,

sentimenti incontrollabili del danneggiato, e sono giuridicamente del tutto indifferenti (10).

Anche pel danno, che non riguarda il patrimonio, può doversi prestare il risarcimento. Non si tratta a dir vero in tali casi di una riparazione economica, ma di un compenso morale, di una soddisfazione (11).

§ 45. — Estensione del risarcimento.

Il fondamento, che obbliga alla prestazione dell'*id quod interest*, determina anche la misura di questo.

La più vasta è la responsabilità per la colpa. Si deve risarcire ogni danno, che ha la sua causa nella colpa del danneggiante.

« nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur »; fr. 6 cit.: « ... Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet. Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit »; fr. 63 pr. cit.: « Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest. nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest. Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiorem, antequam adeam. si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiorem effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: adquirit nobis certe cum adierit. esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus »].

(10) Intorno al far valere l'interesse altrui, cfr. von Tühr, *L'interesse proprio ed altrui nel risarcimento del danno per contratto* [Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen], nella *Rivista di* Grünhut, vol. XXV, pag. 529.

(11) Cfr. Ihering nei suoi *Annali*, vol. XVIII, pag. 59; Unger, *Per la teoria del risarcimento del danno secondo il diritto austriaco* [Zur Lehre vom Schadensersatz nach östr. Rechte], nella *Rivista di* Grünhut, vol. VIII, n. 4; Pfaff, *ivi*, vol. VIII, n. 12, e gli scritti ivi citati. Vedi anche il Cod. civ. germ., § 253: « Per un danno, che non è un danno patrimoniale, può essere richiesto il risarcimento in danaro solo nei casi determinati dalla legge ». Cfr. particolarmente il § 847: [« Nel caso della lesione del corpo o della sanità, come pure nel caso della limitazione illegale della libertà, la persona lesa può reclamare un equo risarcimento in danaro anche pel danno, che non è un danno patrimoniale. Tale pretesa non è trasmissibile e non passa agli eredi, salvochè essa sia stata riconosciuta per contratto, o divenuta pendente in giudizio... ».

1. Il concetto del danno deve prendersi qui in senso lato (1-2).

Esso può consistere in una perdita patrimoniale, cioè nella distruzione o sottrazione di valori, che già appartenevano al patrimonio del danneggiato — il cosiddetto *damnum emergens*.

Così pure può derivare dal frustramento del guadagno, che dovevasi ottenere, — il cosiddetto *lucrum cessans*. Esso è veramente una quantità più o meno problematica. La certezza non può esser richiesta, non può di regola essere raggiunta, ma le semplici illusioni di un guadagno neanche vanno considerate. Il diritto non tien conto delle fantasie.

Il creditore può pretendere anzitutto quel guadagno, ad ottenere il quale egli aveva già preso particolari disposizioni, che presentavano fondata speranza di farlo realizzare, ma che vennero frustrate per il danneggiamento. Così per es., se egli abbia già venduto ad altri con grande vantaggio le merci che gli sono dovute (3). A prescindere da

---

(1) Fr. 13 pr. D. *ratam rem*, 46, 8: « ... competit in quantum mea interfuit, « id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui »; fr. 33, D. *locati*, 19, 2: [« Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, « ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemad- « modum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo « minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus « traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit. ut « pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum « vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut « mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non « fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. nam et si colonus tuus « fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, « tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius « continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim « maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem « remittere aut reddere debebis, 34: perinde ac latronum incursu id acciderit »].

(2) Secondo il fr. 40 pr. D. *de damno infecto*, 39, 2, colui che ha interposto la *cautio damni infecti* è tenuto, nel caso in cui il suo edifizio rovini, a prestare solo un modico risarcimento, anche se ne derivò la distruzione di preziosi « *tectoria* » o « *picturae* » del vicino, « quia honestus modus servandus est, non immoderata « cuiusque luxuria subsequenda ». Di frequente (cfr. ad es. il Windscheid, vol. II, § 258, nota 2) si vede in questa decisione un principio generale, e si nega in generale al danneggiato il risarcimento per quei danni, i quali si basano « nel- l'eccessivo lusso ». Noi vi troviamo solo una particolarità della *cautio damni infecti*, la quale ben si comprende, dato il carattere straordinario della *cautio* stessa. Oppure dovrà forse colui, che per colpa o persino per dolo distrugga dei quadri preziosi di un altro, risarcire il prezzo di merce dozzinale, perchè non debba andar protetto il lusso smodato?

(3) Il creditore non può senz'altro chiedere quel guadagno, che egli avrebbe potuto ottenere con la cosa dovuta, secondo il normale esercizio dei suoi affari; per es. una società per azioni la quale ottiene il 20 % di dividendi non può

ciò egli può richiedere quanto ognuno, secondo l'ordinario corso delle cose, avrebbe potuto guadagnare con l'oggetto dovuto (4), ed in particolare gl'interessi usuali di una somma di danaro o di altri mezzi di circolazione, come pure il nolo usuale di altri oggetti; e ciò senza alcun riguardo al fatto, se egli stesso avrebbe prestato, ovvero locato: il cosiddetto reddito fittizio (5).

2. L'obbligo del risarcimento è inoltre condizionato al rapporto di causalità tra la colpa e il danno.

Questo rapporto di causalità non deve essere necessariamente immediato; basta che l'atto colposo o l'omissione abbiano cagionato il danno in questione, solo per il sopravvenire di altri eventi: il cosiddetto danno mediato (6-7).

---

pretendere dai suoi debitori in mora il 20 %. E ciò già per la ragione, che essa poteva altrove procurarsi il relativo danaro, contro l' interesse usuale. PAULUS, libro 33, *ad edictum*; fr. 21, § 3, D. *de a. e. v.*, 19, 1: « Cum per venditorem « steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem « venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta « negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum « emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: « nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur ». In senso analogo ragiona ERMOGENIANO, libro 2, *iuris epitomarum*; fr. 20, D. *de periculo et commodo*, 18, 6: « Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras « dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi « potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex « usuris quaerere potuit ». Veramente ULPIANO, libro 27, *ad edictum*; fr. 2, § 8 in fine, D. *de eo quod certo loco*, 13, 4, riguardo alla stima dell'ammontare di un debito di danaro pagabile in un altro luogo determinato, decide: « quid si « merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto « et lucri habendam rationem ». Ma qui si ha una particolare disposizione di cose, in quanto si conveniva che il danaro fosse pagabile in un altro luogo. Diversamente nelle nostre tre prime edizioni. Le opinioni dei moderni scrittori divergono assai le une dalle altre. Vedine la classificazione in ARNDTS, § 206, nota 4; e, tra i recenti, cfr. HASS, negli *Ann. di* IHERING, vol. XXXVII, pag. 460.

(4) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 252: « Il danno da risarcirsi abbraccia anche il lucro cessante. Tale si considera il lucro, che poteva essere atteso con probabilità, secondo l'ordinario corso delle cose, o secondo le speciali circostanze, e particolarmente secondo le disposizioni e le misure prese ».

(5) Fr. 19, pr. D. *de usuris*, 22, 1: « praeterea Gallus Aquilius putat, si vesti- « menta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re « mercedis nomine capi potuerit ». PETRAŽYCKI, *Il reddito* [Einkommen], vol. II, § 13.

(6) Esempi del risarcimento del danno indiretto si trovano nei seguenti testi: fr. 6, § 4, fr. 13 pr., § 2, D. *de a. e. v.*, 19, 1; fr. 19, § 1, D. *locati*, 19, 2 [fr. 6, § 4, cit.: « Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere « vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas « mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, « quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut inte- « grum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat

Ma ciò non può eccedere i giusti confini (8). Se secondo il modo di vedere nella vita, la colpa non appare più come la causa, ma solo come una lontana occasione del danneggiamento, non sussisterà più respon-

---

« et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo inte-
« grum praestari debeat: et est verum..... »; fr. 13, pr., § 2, cit.: « Iulianus
« libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam
« facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum
« vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione prae-
« staturum, quanto minoris esset empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens
« reticuit et emptorem decipit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor
« traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aesti-
« mationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea
« venisse erit praestandnm. Quod autem diximus 'quanti emptoris interfuit non
« decipi' multa continet, et si alios secum sollicitavit ut fugerent, vel res quasdam
« abstulit »; fr. 19, § 1, cit.: « Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde
« vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excu-
« sata: et ita Cassius scripsit. aliter at quesi saltum pascuum locasti, in quo herba
« mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora
« facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes,
« et ita Servio Labeoni Sabino placuit »].

(7) Non si richiede, che si tratti di avvenimenti, che si fossero dovuti necessariamente verificare in conseguenza del fatto che arreca danno. Neanche essi devono essere stati prevedibili. Trib. Imp., vol. XIII, pag. 65. Colui però che è in mora, è tenuto senza dubbio per il fortuito perimento dell'oggetto dovuto, anche se esso derivò da avvenimenti, che stanno fuori della umana previdenza, per es., a causa di terremoto. Diversamente IHERING, *Il momento della colpa n. d. p. r.* [Das Schuldmoment...], pag. 55. Il fr. 43, D. *de a. e. v.*, 19, 1, da lui addotto, non parla però di un avvenimento che non era da prevedersi, ma d'una somma straordinariamente elevata, alla quale non si era pensato nel contratto di vendita, e la domanda della quale non corrisponderebbe quindi ai fini del contratto. [fr. 43 cit.: « ... de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit,
« videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo:
« non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum
« non evinci. plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogita-
« tum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatorem postea factum vel
« pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur
« in magnam quantitatem obligari venditorem, fr. 44 (cum et forte idem medio-
« crium facultatium sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet)... »].

(8) Sul nesso di causalità cfr. il BAR, *La teoria del nesso di causalità* [Die Lehre vom Kausalzusammenhang] nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. IV, pag. 35, ed inoltre gli scrittori citati dal WINDSCHEID, vol. II, § 258, nota 15; HASS, negli *Annali di* IHERING, vol. XXXVII, pag. 327; RÜMELIN, *L'applicazione dei concetti di causalità* [Die Verwendung der Causalbegriffe] nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XC, pag. 171-344. Il risarcimento per gli atti contrari al diritto non si estende punto, come più d'uno ritiene, ad ogni danno che senza di essi non si sarebbe verificato. Chi mai vorrebbe tener responsabile il danneggiatore d'una casa, per il danno che gli operai occupati alla riparazione arrecarono col loro furto? ovvero colui che ha ferito un uomo, per le malattie che il medico curante avesse introdotto nella famiglia del ferito? VANGEROW, vol, III, § 571, nota 3, pag. 39; fr. 52,

sabilità per esso. È ovvio però, ed è giustificato, di estendere più oltre la responsabilità nel caso di dolo e di colpa grave, che nel caso di negligenza lieve (9-10).

---

pr. D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2 [« Si ex plagis servus mortuus esset neque id « medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo « agitur ». La difficoltà sta solo nel trovare i confini. Ciò difficilmente può avvenire per mezzo di un principio astratto. Si tratta di un ragionevole apprezzamento dei fatti in ogni singolo caso. La distinzione tra « causa » ed « occasione » offre le espressioni adatte ma apre però facilmente le porte a malintesi. Così un parere, nella causa decisa dal Trib. Imp., vol. VI, pag. 9, ritenne che l'ernia inguinale prodottasi in un operaio dopo la sua caduta non fosse « causata « dalla caduta, ma al più « occasionata », quando si ammetta che già dapprima esisteva la disposizione all'ernia, per es. una lacuna nei muscoli della parete intestinale. Se il perito si fosse esattamente posta la questione, cioè quale fosse stata la causa per la quale il danno si verificò, ben avrebbe dovuto egli trovarla nella caduta dell'operaio. Cfr. anche Trib. Imp., vol. XXIX, pag. 120.

(9) Cfr. particolarmente Hartmann, nell'*Archivio per la pratica civ.*, vol. LXXIII, pag. 359. Un esempio si ha nel fr. 13, § 14, D. *de a. e. v.*, 19, 1 [riportato al § 100, nota 7].

(10) Giammai può essere domandato il risarcimento del danno a causa di un torto, se questo in realtà non ebbe per conseguenza un danno. Ciò vale anche nel caso, in cui secondo l'ordinario corso delle cose un danno avrebbe dovuto derivarne, ma non avvenne perchè stornato da un altro avvenimento sopravvenuto. Non ha quindi fondamento qualunque pretesa contro il marito, il quale abbia tralasciato le riparazioni necessarie della casa datagli per dote, se la casa, la quale in conseguenza di ciò sarebbe dovuta necessariamente rovinare, sia stata precedentemente distrutta da un incendio per caso fortuito; fr. 4 in fine, D. *de impensis*, 25, 1; vedi inoltre, fr. 11, § 3, fr. 15, § 1, D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2 [fr, 4, cit. : « Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum « sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. sed « hoc differt, quod factarum ratio habetur, et si res male gesta est, non factarum « ita, si ob id res male gesta est : itaqua si fulserit insulam ruentem eaque exusta « sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit »; fr, 11, « § 3, cit. : « Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea « exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, « quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, qui occidit. quod et Marcello « videtur et est probabilius »; fr. 15, § 1, cit. : « Si servus vulneratus mortifere « postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, « sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi « de occiso agi posse Iulianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est eum a te « occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit : at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. sed si vulneratum mortifere « liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia « non posse »]. Anche nel fr. 10, § 1, D. *de lege Rhodia*, 14, 2, Paolo presuppone che niun danno veramente si fosse verificato pel trasbordo [. « Si ea condi- « cione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla « nauta necessitate coactus in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, trans- « tulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes « ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus : immo contra, si modo

3. Se il danneggiato trascura le precauzioni atte a rimuovere il danno che sono in suo potere, e che manifestamente sono offerte dalle circostanze, o persino a bello studio lo accresca, questa sarà allora la causa principale del suo danno. Egli quindi non ne può chiamare responsabili i terzi (11).

4. Gli eventi, pei quali si è responsabili, portano non di rado danni e vantaggi al tempo stesso. Allora sorge la questione, se la

---

« ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum « esset..... »]. La cosa è affatto diversa quando per una ingiustizia siasi di già prodotto un danno, e si verifichino ora all'improvviso degli avvenimenti, i quali avrebbero arrecato anche quel danno, se quella ingiustizia non fosse stata prima commessa. Con ciò non viene pregiudicata la pretesa una volta acquisita al risarcimento del danno. Un cavallo viene, ad esempio, cavalcato a corsa sfrenata, ma prima che cada morto, viene ucciso dal fulmine; fr. 27, § 2, D. *de rei vindicatione*, 6, 1; fr. 11, § 3, D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2 [fr. 27, § 2, cit.: « Si homo « petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mor- « tuus sit, aestimatio non fiet eius, quod deteriorem eum fecerat, quia nihil inte- « rest petitoris: sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem Aquiliae actio « durat »]. Non sempre queste regole vengono formulate in modo esatto. Così il MOMMSEN insegna: « che l'*id quod interest* non dev'essere prestato, se il danno si sarebbe altrimenti certamente verificato »; cfr. anche WINDSCHEID, volume II, § 258. In senso contrario vedi VANGEROW, vol. III, § 571, nota 2, pag. 40; BRINZ, vol. II, pag. 351.

(11) Spesso si afferma che il danneggiatore nulla debba prestare, « se lo svantaggio del danneggiato avrebbe potuto, con la debita cura, essere evitato, il che soffra eccezione solo nel caso di danneggiamento doloso ». Così il MOMMSEN, *loc. cit.*, pag. 157, e pag. 257; WINDSCHEID, vol. II, § 258, note 17 e 18. Ma ciò va troppo oltre e non può giustificarsi coi ffr. 9, § 4 e 52 pr. *ad legem Aquiliam*, 9, 2 [fr. 9, § 4, cit.: « Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus Aqulliae « locus est: sed ei cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum trans- « ierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempe- « stive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tene- « bitur: 10) nam lusus quoque noxius in culpa est »]. A ragione scrive il RYCK, *Rapporti obbligatorii* [Schuldverhältnisse], pag. 408: « come mai la baldanza e l'imprevidenza del danneggiante dovrebbero costringere il danneggiato ad affaticarsi, o magari a prendere delle dispendiose precauzioni, al fine di preservarsi dal danno? ». Si deve piuttosto, secondo le circostanze di fatto, decidere dove stia la causa principale del danno. Cfr., tra gli scritti recenti, WENDT negli *Annali di* IHERING, vol. XXXI, pag. 158; ARRIGO LEVISON, *Sulla compensazione della colpa* [Ueber Kompensation der C.], Dissertazione inaugurale nella Università di Bonn, 1891; JAKUBEZKY, *Osservazioni al Progetto* [Bemerkungen zum Entwurfe], pag. 54; PERNICE, *Labeone*, vol. II, Parte II, pag. 89; e tra le decisioni riportate dal SEUFFERT, *Archivio*, vedi vol. XLVII, n. 184, vol. XLVIII, n. 30 (Trib. Imp.). Concorda sostanzialmente il Cod. civ., § 254. Sulla questione se la persona lesa sia obbligata a sottoporsi ad una operazione, cfr. SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLVI, n. 189 (Trib. Imp.); F. ENDEMANN, *Gli effetti giuridici del rifiuto di un'operazione* [Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation], 1893; e sullo stesso ECK, *Foglio della letteratura giuridica* [Juristisches Litteraturblatt], vol. VI, pag. 6.

la persona cui sono accaduti debba lasciarsi compensare il vantaggio col danno, e se perciò debba verificarsi una cosiddetta *compensatio lucri cum damno*.

Di regola ciò non è ammissibile. Però, secondo le circostanze, solo il risultato finale mostra se in realtà vi sia un danno, ed allora anche i due fattori devono essere comparati, perchè si possa parlare di una compensazione del vantaggio col danno (12).

5. Per la misura del danno è, secondo i principii, norma decisiva la diminuzione del patrimonio del danneggiato, al tempo della pronuncia della sentenza.

Tuttavia spesso devesi rimontare a tempi passati, nei quali si verificò la diminuzione patrimoniale, il cui effetto perdura. Particolarmente, se il debitore cade in mora, il creditore può pretendere il

---

(12) Viene per lo più insegnato, che quando dalla stessa ed unica azione derivarono danno ed utile, il danno si debba risarcire solo in quanto esso sorpassi il lucro. Così il VANGEROW, vol. III, § 571, nota 1; WINDSCHEID, vol. II, § 258, nota 4; cfr. gli scrittori ivi citati. Ma questa regola non è radicale. Così, per esempio, sulle pretese di una vedova per l'uccisione del marito, in base alla legge determinante la responsabilità, non può essere imputata una pensione vedovile, dovuta da un istituto di assicurazione, malgrado che l'uccisione ebbe per conseguenza l'acquisto della pensione. Il Trib. Imp., vol. X, pag. 50, riconduce ciò sotto il principio, che manchi un nesso giuridico tra il danno ed il vantaggio, e che anzi essi abbiano il loro fondamento in cause differenti. — Per il caso in cui il vantaggio e lo svantaggio derivino da atti differenti, il fr. 23, § 1, D. *pro socio*, 17, 2, rigetta addirittura la *compensatio lucri cum damno*; se nel fr. 10, D. *de neg. gest.*, 3, 5, appare che sia disposto il contrario, ciò riposa sulle particolari ragioni che vanno esaminate riguardo alla *negotiorum gestio*: [fr. 23 cit.: « Idem quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, com-« pensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. quod « non est verum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si servus unius « ex sociis societati a domino praepositus neglegenter versatus sit, dominum socie-« tati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per « servum societati accessit, cum damno: et ita divum Marcum pronuntiasse, « nec posse dici socio: ' abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum « petis ' »; fr. 10 cit.: « Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et « dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, « veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius « geras: veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo. « nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: « quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens « pensare lucrum cum damno debet »]. Cfr. LARENZ, *Compensatio lucri cum damno*, Diss. Univ. di Gottinga, 1896; EICHHOFF, Diss. Univ. di Kiel, 1898. Cfr. ancora Cod. civ. germ., § 281. [§ 281: « Se il debitore, in conseguenza della circostanza che rende impossibile la prestazione, ottiene un risarcimento od un diritto di risarcimento per l'oggetto da lui dovuto, il creditore può reclamare la consegna di ciò che il primo ha ricevuto a titolo di risarcimento, ovvero la cessione del diritto al detto risarcimento »].

maggior valore, che la cosa dovuta aveva al tempo della messa in mora, poichè egli in quel tempo, data la puntuale prestazione, avrebbe potuto realizzarlo, e conservarlo così durevolmente (13). Se la cosa, al tempo della sentenza, ha un valore maggiore che al tempo della messa in mora, il creditore può pretendere anche questo, appunto perchè la cosa è ancora dovuta.

6. Secondo la procedura del diritto comune, il danneggiato doveva dimostrare e provare il nesso causale tra l'avvenimento, pel quale era responsabile il danneggiante, e l'asserito danno, nei singoli particolari. Se mancava un anello della catena, la prova era fallita. Così, malgrado dell'esistenza di fondate pretese, spesso non si veniva, in conseguenza della difficoltà della prova, ad un sufficiente indennizzo del danneggiato, e gravi lesioni del diritto rimanevano di frequente impunite, a detrimento della coscienza giuridica (14).

Attualmente il giudice, sulla questione se un danno sia sorto, ed a quanto esso ammonti, deve decidere secondo il suo libero convincimento, valutate tutte le circostanze (15).

7. In Roma, all'attore che trovavasi di fronte ad un convenuto reo di dolo, era lecito domandare di stabilire unilateralmente con giuramento, *iuramentum in litem* (16), l'estensione del suo danno. Secondo la legge di procedura civile (17) non esiste più questo diritto dell'attore. Però il giudice può, secondo il suo criterio, accordare a chi produce la prova la stima giurata del danno sofferto, anche se il convenuto non sia in colpa. Il giudice deve determinare un ammontare massimo, al quale chi giura è vincolato.

8. Giustiniano ordinò, che il giudice non potesse fissare l'*id*

---

(13) Cfr. più sopra § 41. Nelle lesioni extracontrattuali deve aversi riguardo in prima linea al tempo della lesione. Vedi in generale BÜFF nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XXXIII, n. 5 e 10.

(14) G. LEHMANN, *Lo stato di necessità delle cause per risarcimento di danni* [Der Nothstand des Scadensprozesses], 1865, inoltre, *La mancanza di difesa dei materiali beni della vita* [Die Schutzlosigkeit der materiellen Lebensgüter], 1884.

(15) Cod. proc. civ., § 287, capo 1. Francamente con la legge soltanto non si raggiunge alcun miglioramento. Se i giudici, come spesso avviene, non fanno un retto uso della libera facoltà loro accordata, rimane l'antico bisogno.

(16) Sul *iuramentum in litem* cfr. SCHRÖTER, nella *Rivista del* LINDE, vol. VII, n. 11, vol. VIII, pag. 159, fr. 5, D. *de in litem iurando*, 12, 3. MARCIANUS, libro 4, *regularum*: « In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei « iudiciis in litem iuratur. Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad « quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre. Sed in his omnibus ob dolum « solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: haec enim iudex aestimat. Plane « interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est ».

(17) Legge di proc. civ., § 287, capov. 1 in fine, capov. 2.

quod interest oltre il doppio del valore della cosa di cui trattasi, sempre che tale valore fosse determinato (18).

Questo disposto è oggi abolito.

IV. — *Pena convenzionale.*

§ 46. — **Concetto. Principii fondamentali** (1).

Pena convenzionale è una prestazione convenuta in pena dell'inadempimento o dell' incompleto o non puntuale adempimento di una promessa.

1. La pena convenzionale appartiene al gruppo delle clausole contrattuali, che miravano ad assicurare il pronto adempimento del contratto, mediante svantaggi minacciati al debitore negligente. Essa è affine alla riserva di una *lex commissoria* pel mancato pagamento del prezzo della vendita, dello sfratto del conduttore pel mancato adempimento dei suoi obblighi derivanti dalla locazione, come pure alla riserva del diritto della disdettta del mutuo, nel caso del non puntuale pagamento degl'interessi. Vi ha però una differenza sostanziale. Quelle riserve hanno per iscopo la soppressione del rapporto giuridico in danno del debitore; ma la pena convenzionale costituisce una nuova obbligazione, pel caso della mancata osservanza della promessa principale (2).

---

(18) C. un. Cod., *de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur*, 7, 47. « Iustinianus..... Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quan- « titatem per naturam veluti in venditionibus et locationibus et omnibus con- « tractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere : in aliis autem « casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt « per suam subtilititatem requirere, ut quod re vera inducitur damnum, hoc red- « datur ». Sulla questione, se tale determinazione sia già abolita secondo la Legge di proc. civ., cfr. le nostre precedenti edizioni.

(1) NEUENFELDT, *La pena convenzionale è pena o risarcimento del danno?* [Ist die Konventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung?], 1885; NETTELBLADT, *Il contratto di pena* [Der Strafvertrag] Ludwigslust, 1886; SEELER, *Per la teoria della pena convenzionale* [Zur Lehre von der Konventionalstrafe], 1891; PERGAMENT, *Pena convenzionale ed* id quod interest [Konventionalstrafe und Interesse], 1896, SIÖGREN, *Sulla pena convenzionale e sulle clausole penali dei documenti franchi* [Ueber die Konventionalstrafe und die Strafclauseln der fränkischen Urkunden], 1896; SPECKA, *La pena convenzionale* [KStr.], Dissertazione inaugurale Univ. di Berlino 1896.

(2) Fr. 13, § 26, D. *de actionibus empti venditi*, 19, 1: [« Ibidem Papinianus « respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori « duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram

Questa promessa principale non deve necessariamente essere fornita di azione (3). Ma non può urtare contro l'ordinamento giuridico ed i buoni costumi (4).

2. La pena convenzionale ha la forma di una obbligazione condizionata. Si promettono per es., 100 marchi per ogni giorno di ritardo, se le macchine promesse non sono consegnate nel giorno stabilito. Essa quindi, secondo il suo tenore, dovrebbe senz'altro scadere, al mancato adempimento della promessa principale. Ma però il suo scopo è solo quello di esercitare una pressione sul debitore, per indurlo ad eseguire l'adempimento: e con ciò sarebbe inconciliabile una interpretazione così rigorosa. Perciò la pena non scade, se motivi estranei al debitore ed alla sua persona hanno causato la mancata prestazione per cui fu convenuta la pena (5). All'incontro non si andò tanto oltre da far dipendere la pena dalla colpa del debitore. Se perciò il debitore muore prima del termine del pagamento, senza eredi, s'incorre nella pena, malgrado che non si possa parlare qui di mancato adempimento colposo (6). Nel rimanente bisogna distinguere:

« legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie, « inquit, non faenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata « dicatur »].

(3) Appartiene qui specialmente il caso in cui l'obbligazione principale non sia fornita di azione, per mancanza di un interesse pecuniario.

(4) Fr. 61, D. *de verb. obl.*. 45, 1; fr. 134 pr., D. *eod.* [fr. 61 cit.: « Stipu« latio hoc modo concepta: ' si heredem me non feceris, tantum dare spondes? ' « inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio »; fr. 134 cit.: « Titia, « quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et « tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gai Sei filio Titiae desponderetur, et « interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impe« dimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et « filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. « respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores « interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum « est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta »]. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 344. [« Se la legge dichiara inefficace la promessa di una prestazione, anche il patto di una pena pel caso del mancato adempimento della promessa è inefficace, persino quando le parti hanno conosciuto l'inefficacia della promessa »].

(5) Fr. 69 D. *de verb. obl.*, 45, 1. Ulpianus, libro 6, *ad edictum*: « Si homo « mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemad« modum si quia Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam « stipuletur ». Il convenuto deve dimostrare la liberazione per tali motivi. Trib. Imp., vol. XX, pag. 33. Cfr. W. Mann, *Occorre per la realizzazione della pena convenzionale una colpa dell'obbligato?* [Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten?], Dissertazione inaugurale Università di Gottinga, 1890.

(6) Fr. 77, D. *de verb. obl.*, 45 1. Paulus, libro 58, *ad edictum*: « Ad diem « sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena,

a) Se l'obbligazione, alla quale è congiunta la pena, consiste in atti, che devono essere prestati sino ad un determinato termine, la pena scade con l'infruttuoso decorso del termine (7).

b) Se era convenuto un termine per la prestazione, s'incorre nella pena col decorso di esso (8).

« licet non sit hereditas eius adita ». Cfr. fr. 9, D. *de nautico faenore*, 22, 2. [« Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui « primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, « tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris »]. La pena convenzionale è anche dovuta quando l'adempimento non ha avuto luogo in conseguenza dell' apertura del fallimento contro il debitore. Trib. Imp., vol. XXI, pag. 51. Il WINDSCHEID — vol. II, § 285, nota 10 — afferma che l'impossibilità dell'adempimento esente da colpa, liberi dalla pena, ma non già la impossibità, anche senza colpa, dell'adempimento in tempo debito. Nel dubbio egli ritiene che debba ammettersi, che la pena debba in ogni caso assicurare il creditore contro gli svantaggi del ritardato adempimento. Ma ciò è privo di fondamento. Se l'indugio dell'adempimento ha la sua causa nella forza maggiore, come per es. se per la guerra o per la rivolta sono intercettate tutte le vie di comunicazione, sulle quali il fabbricante poteva far trasportare le macchine promesse per un tempo determinato, non è punto corrispondente all' essenza della pena e nemmeno alla presunta intenzione dei contraenti di gravare il fabbricante con la pena convenzionale. Secondo il Cod. civ. germ., § 339, s'incorre nella pena quando il debitore entra in mora. Con ciò viene, secondo i principii, richiesta la colpa del debitore, cfr. § 285. Diversamente nel caso che la prestazione dovuta consista in una omissione.

(7) Fr. 23, D. *de obl. et act.*, 44, 7; c. 12, Cod. *de contr. et comm. stipulat.* 8, 37. [fr. 23 cit.: « Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, « poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem « erat deducta : is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde « interposito tempore interpellare instituerat. consultus respondit eius quoque « temporis; quo interpellatus non esset, poenam peti posse : amplius etiamsi « omnino interpellatus non esset : nec aliter non committi stipulationem, quam « si per debitorem non stetisset, quo minus solveret : alioquin dicendum et si « is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interperllare desisset, poenam « non committi. de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, « an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur : et hoc « rectius dicitur. nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare ius- « serit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit...» c. 12, Cod. cit. : « Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum « litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, « si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae « stipulator volui promiserit et addiderit, quod, si statuto tempore minime haec « perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam « adicere, quod nullus eum admonuit : sed etiam citra ullam admonitionem eidem « poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in « memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat »].

(8) Tra i giuristi romani era controverso, se nella pena convenzionale s'incorra già nel tempo, in cui può con sicurezza prevedersi, che la prestazione promessa, per es. la edificazione di una casa, non può più essere effettuata nel termine fissato.

c) Se manchi una tale determinazione di tempo, la pena scade di regola solo quando un invito del creditore restò inosservato (9).

Ciò afferma il fr 113 pr., D. *de verb. obl.*, 45, 1; negano i ffr. 124, D. *eod.*, 10, § 1, D. *si quis caut.*, 2, 11. [fr. 113 cit.: «... non sine causa distinguendum « est interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante « kalendas Iunias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum « iam opus effici non posset ante kalendas Iunias, stipulator diem in kalendis « Augustis protulisset. nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante « kalendas Iunias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem « pertinere, quod aliquod tempus ante kalendas Iunias fuit, quo stipulator non « desideraverit id ante kalendas Iunias effici, id est quo non est arbitratus ut « fieret quod fieri non poterat..... et propemodum etiam si ante kalendas Iunias « futurum esse coepit opus ante diem effici non posse, poena commissa est ». fr. 124 cit.: « 'Insulam intra biennium illo loco aedificari spondes?' ante finem « bienni stipulatio non commititur, quamvis reus promittendi non aedificaverit « et tantum residui temporis sit, quo aedificium extrui non possit: neque enim « stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur. « idque et in stipulatione iudicio sistendi causa facta placuit, scilicet ut ante « diem stipulatio non committatur, si certum esse coeperit parere stipulationi « residuo tempore non posse ». fr. 10, § 1: « Homo sisti promissus ante diem « dolo promissoris periit: certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam « dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur »]. La seconda opinione è quella dei giuristi posteriori, ed è la più corrispondente al contratto. Cfr. Kohler, nell'*Archiv. per la prat. civ.*, vol. LXXXIV, pag. 29. Il Cod. civ. germ. lascia la questione indecisa.

(9) L'intenzione delle parti può essere anche stata che la pena convenzionale sia dovuta quando il debitore non abbia prestato in un congruo, modico, termine. Le sentenze dei giuristi romani, riguardo all' interpretazione delle relative clausole contrattuali si discostano le une dalle altre: cfr. fr. 24: D. *quando dies legatorum cedat*, 36, 2, ma però anche il fr. 19 pr., D. *eod.*; fr. 1, D. *de penu legata*, 33, 9; fr. 115, § 2, D. *de verb. obl.*, 45, 1. [fr. 24, D. cit.: « Si penum « heres dare damnatus sit vel fundum et, si non dedisset, decem, ego accepi et « penum legatam et translatam esse in decem, si noluerit penum heres dare, et « tunc pecuniam deberi, cum interpellatus fundum non dedisset, et, si interea « decesserit legatarius, tunc heredi eius non nisi fundum deberi. namque cum « dictum est: 'at Publicius fundum dato', perfectum est legatum et cum dicit: « 'si non dederit, centum dato', sub condicione fundi legatum ademptum videri « eo casu, quo centum deberi coeperint. quorum quia condicio vivo legatario non « exstiterit, forte quia interpellatus heres non sit, evenit. ut ademptio nihil egerit « fundique legatum duraverit ». fr. 19 cit.: « Cum sine praefinitione temporis « legatum ita datum fuerit: 'uxori meae penum heres dato: si non dederit « centum dato', unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris « autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres « liberetur »; fr. 1 cit.: « Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres « dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an « penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. et si quidem semel penus sit legata, non per « singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono dige- « storum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem « vero et peti posse. habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo

d) Se con la pena convenzionale vennero assicurate delle ommissioni, s'incorre nella pena quando si contravviene (10).

Di regola la pena convenzionale scade per intero, quando la promessa principale non sia adempiuta anche solo parzialmente. Naturalmente può essersi altrimenti convenuto (11).

« de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator « praestituit. quod si in annos singulos penus legata sit, per singulos annos penus « adhuc poterit praestari, si minus, summae per singulos annos petentur. quid « ergo, si una summa legata sit et primo penus non sit praestita? utrum tota « summa debeatur, quasi toto penoris legato transfuso, an vero quantitas primi « anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest. puto tamen sic voluntatem « sequendam testatoris, ut tota summa ilico, postquam cessaverit heres dare « penum uxori, praestetur heredis indevotione coercenda »; fr. 115, § 2 cit.: « Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' « Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pam- « philus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam « homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, « quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defen- « debat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum « nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis « causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest « Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti 'si Pam- « philum non dederis, tantum dare spondes?', sed ita concepta sit stipulatio: « 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?' quod sine « dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et « homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto « homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, « ut homo solvatur aut pecunia petatur »].

(10) Fr. 122, § 6, D. *de verb. obl.*, 45, 1. [« Duo fratres hereditatem inter « se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si « contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui « supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi « sibi a patre relicti debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc « quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit « poenam secundum ea quae proponuntur commissam »]. Così pure secondo il Cod. civ. germ., § 339. [« Se il debitore, pel caso che una sua obbligazione non venga, o non venga debitamente adempiuta, promette al creditore il pagamento di una somma di danaro come pena, incorre nella pena, qaando egli entra in mora. Se la prestazione dovuta consiste in una omissione, la pena s'incorre con l'atto contrario »]. Ma in conformità del concetto della pena convenzionale, l'atto contrario dev'essere conscio e liberamente voluto.

(11) Fr. 47, D. *de act. empti venditi*, 19, 1; cfr. però anche fr. 9, § 1, D. *si quis caution*, 2, 11. [fr. 47 cit.: « Lucius Titius accepta pecunia ad materias « vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta « tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit: cum igitur testator « in poenam commiserit neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an et « in poenam et in usuras conveniri possit, praesertim cum emptor mutuatus « pecuniam usuras gravissimas expedit? Paulus respondit ex contractu, de quo « quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse. in actione

3. Il creditore non deve ricevere, mediante la pena convenzionale, una doppia prestazione. A questo riguardo bisogna distinguere:

a) La pena convenzionale deve assicurare contro l'indugio della prestazione principale, o contro possibili vizi di essa. Allora essa può venir reclamata accanto alla prestazione principale (12), ma il creditore in questi casi non può esigere l'*id quod interest* per l'indugio o pei vizi, oltre la pena convenzionale (13).

b) La pena convenzionale si è convenuta riguardo all'inadempimento della promessa principate. In tal caso non si possono insieme esigere la pena e la prestazione (14).

Nondimeno, dopochè per una delle pretese siasi intentata l'azione, o sia stata sodisfatta, si può chiedere il possibile supero dell'altra pretesa (15).

« quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii « rationem haberi oportere ». Fr. 9, § 1 cit.: « Si plurium servorum nomine « iudicio sistendi causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram « committi, licet unus status non sit, Labeo ait, quia verum sit omnes statos « non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum « eum, qui ex hac stipulatione convenitur »]. Fr. 85, § 6, D. *de verb. oblig.*, « 45, 1. Paulus, libro 75. *ad edictum*: « Item si ita stipulatio facta sit: ' si fundus « Titianus datus non erit, centum dari? ', nisi totus detur, poena committitur « centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno [quemadmodum non « prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere »].

(12) Secondo il Cod. civ. germ., § 341, capov. 3°, il creditore, il quale posteriormente accetta l'adempimento, può richiedere la pena solo quando siasi riserbato tale diritto all'atto dell'accettazione. Pel diritto comune ciò era controverso: cfr. le nostre precedenti edizioni.

(13) Secondo il Cod. civ. germ., § 341, la pena è l' ammontare minimo del danno sofferto. Non è escluso di far valere un danno maggiore.

(14) Fr. 28, D. *de actionibus empti venditi*, 19, 1; fr. 4, § 7, D. *de exc. doli*, 44, 4. [fr. 28 cit.: « Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: « quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam « ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae « nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: « si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris « nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri ». fr. 4, § 7 cit.: « Labeo ait, « si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satis- « datum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam « stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione « esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exi- « gere »]. Trib. Imp., vol. XXXIII, pag. 141. È ammissibile, che si agisca per la prestazione principale e nel tempo stesso, nel caso del mancato adempimento, per la pena, come pure che si agisca per la pena dopo l'azione per la prestazione principale, finchè questa non siasi ancora avverata. Cfr. Pergament, *loc. cit.*, pag. 20.

(15) Fr. 41, fr. 42, fr. 71 pr. D. *pro socio*, 17, 2. [fr. 41 cit.: « Si quis asocio « poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum « eius interfuit ». fr. 42 cit.: « Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea

4. Se la pena convenzionale è sproporzionata all'interesse del creditore, alla prestazione principale, e conduca in conseguenza di ciò ad uno sfruttamento, per un mancamento lieve in proporzione, essa è contro i buoni costumi, ed il giudice quindi, secondo l'esatta teoria, deve moderarla. Ma poichè al proposito mancavano positivi disposti di legge, la pratica del diritto comune non azzardò tanto facilmente una tale attenuazione, e da ciò derivarono gravi inconvenienti. Il Codice civile germ. ha riconosciuto siffatto diritto di diminuzione (16).

« pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata ». fr. 71 cit.: « Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus « fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto con- « vento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: ' haec, « quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita « data facta non erunt, tum viginti milia dari? ' quaesitum est, an, si quid contra « factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento « inter eos de societate facto ita stipulati essent ' haec ita dari fieri spondes? ', « futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, « sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent « stipulati ' ea ita dari fieri spondes? ' sed ' si ea ita facta non essent, decem « dari? ' non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam « (non enim utriusque rei promissorem obligari. ut ea daret faceret et, si non « fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse »]. PERGAMENT, *loc. cit.*, pagg. 26, 83, Cod. civ. germ., § 340; cfr. però anche § 342. [§ 340 cit.: « Se il debitore ha promesso la pena per il caso che egli non adempia la sua obbligazione. il creditore può reclamare la pena incorsa invece dell'adempimento. Se il creditore dichiara al debitore, di reclamare la pena, la pretesa all' adempimento è esclusa ». § 342: « Se come pena vien promessa una prestazione diversa del pagamento di una somma di danaro, trovano applicazione le norme dei §§ 339 a 341: la pretesa al risarcimento dei danni è esclusa, quando il creditore reclama la pena »].

(16) Cod. civ. germ., § 343. [« Se una pena incorsa è sproporzionatamente elevata, può essere, su domanda del debitore, ridotta mediante sentenza nel suo giusto ammontare. Nella valutazione di siffatta proporzionalità deve prendersi in considerazione ogni giustificato interesse del creditore, e non semplicemente l'interesse patrimoniale. Dopo lo sborso della pena è esclusa la riduzione di essa. Lo stesso vale anche, oltre i casi dei §§ 339, 342, quando alcuno promette una pena pel caso in cui egli compia od ometta un fatto »]. Così già prima, per gli affari con pagamento a conto — cfr. più sotto § 95, num. 1 — disponeva la legge imperiale del 16 maggio 1894, § 4, capov. 1°.

SEZIONE IV.

Trasmissione delle obbligazioni (1).

§ 47. — Introduzione. Modificazioni delle obbligazioni.

L'obbligazione romana, per ciò che riguarda la sua capacità di sviluppo, sta in contrapposto alla moderna. L'obbligazione romana costituisce un tipo immutabile; l'atto costitutivo dava ad essa stabilmente e soltanto la norma, perciò a quello doveva corrispondere esattamente l'azione. L'obbligazione moderna è all'incontro mobile, capace di un continuo sviluppo; malgrado di tutte le modificazioni essa va riguardata come il medesimo rapporto giuridico, poichè, alla fine, deriva pur sempre dall'originario atto costitutivo. Ciò si riferisce tanto al contenuto quanto ai subietti dell'obbligazione.

1. I Romani, fatta astrazione dai patti diminuenti, non riconoscevano patti aggiunti successivi alla conclusione del negozio — *pacta adiecta* (2). Perciò ogni trasformazione del diritto del creditore richiedeva una rifusione e ricostituzione della obbligazione, mediante novazione. L'obbligazione moderna invece si lascia modificare con patti aggiunti, senza perdere la sua identità, riguardino essi il luogo, o il tempo del pagamento, ed anche l'oggetto del debito (3).

---

(1) L'opera principale è del MÜHLENBRUCH, *La teoria della cessione dei diritti di credito* [Die Lehre von der Cession der Fonderungsrechte], 1817, 3ª edizione, 1836; vedi inoltre PUCHTA, *Scritti minori* [Kleine Schriften], n. 27; WINDSCHEID, *L'actio*, 1856; KUNTZE, *L'obbligazione* [Obligation], 1856, pag. 267, pag. 119 sgg; ALBERTO SCHMIDT, *Teoria fondamentale della cessione* [Grundlehre der Cession], 2 volumi, 1863, sgg; BAEHR, *Per la teoria della cessione*, negli *Annali di* IHERING, 1857, vol. I, n. 8; R. SALEILLES. *De la cession des dettes*, Paris, 1890.

(2) Ciò valeva persino nei *bonae fidei iudiciis*, secondo espone ULPIANO, libro 4, *ad edictum*, fr. 7, § 5, *de pactis*, 2, 14: « ..... solemus enim dicere pacta « conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem « ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex inter- « vallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur ». Cfr. c. 13 Cod., *de pactis*, 2, 3. [« In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio « competit, si ex continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, « sed exceptionem parit »]. BECHMANN, *La compravendita* [Der Kauf], vol. II, pag. 480; PERNICE, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, Parte romanistica, vol. IX, pag. 212.

(3) Così anche il BECHMANN, *La compravendita*, *loc. cit.* Del tutto sotto l'influenza delle concezioni romane trovasi il RÖMER *Monografie* [Abhandlungen], pag. 5.

Perfino la colpa e la mora nel diritto romano antico portavano solo alla perpetuazione dell'obbligazione, cioè, secondo la forma, non ad una modificazione del contenuto di essa, ma solo alla esclusione di cause di estinzione. Ma più tardi però esse produssero di certo anche in Roma profonde modificazioni delle obbligazioni (4).

2. Ancor più rigidamente il diritto romano antico si tenne fermo alla immutabilità dei subietti dell'obbligazione. Solo il contraente aveva l'azione del contratto contro l'altro contraente, e solo il danneggiato l'azione *ex delicto* contro il danneggiante.

Però sin dal tempo antichissimo i crediti e i debiti passavano di regola agli eredi, nei quali gl'interessati originari continuano, per così dire a vivere.

Altrimenti era necessaria una novella costituzione dell'obbligazione mediante novazione, quando in base ad una disposizione del precedente creditore, un altro doveva subentrare al posto di lui. Essa si compiva per mezzo della promessa del debitore al nuovo creditore. Così pure era possibile solo mediante novazione l'ingresso di un nuovo debitore al posto del primo (5).

Nel diritto progredito divenne un urgente bisogno l'alienazione delle obbligazioni, che formarono una parte costitutiva sempre più importante del patrimonio, anche senza la cooperazione del debitore. Ma non essendovi aperta una via diretta a soddisfarlo, si fu spinti su vie laterali. Colui al quale volevasi trasmettere il credito veniva nominato procuratore nella lite, con l'autorizzazione di ritenere per sè la somma riscossa: *procurator in rem suam*. Egli riceveva i diritti creditorii, quando intentava l'azione contro il debitore, portandola sino alla *litiscontestatio*; infatti la novazione che in essa si conteneva gli procurava il *dominium litis* (6).

---

(4) Cfr. più sopra § 41.

(5) Gaius, *Inst.*, II, § 38 sq.: « ..... quod mihi ab aliquo debetur, id si velim « tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id « efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, « ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quae dicitur novatio obligationis. Sine « hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea « quasi cognitor aut procurator meus experiri ». Cfr. fr. 25, § 2, D. *de usu fructu*, 7, 1: [« Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid « stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus usus fructus mansit, adqui- » retur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel adqui- « sita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium trans- « ire nisi ad heredem vel adrogatorem. proinde si forte usus fructus in annos « singulos fuerit legatus et iste servus operas suas locavit et stipulatus est ut « supra scriptum est, prout capitis minutione amissus fuerit usus fructus, mox « restitutus, ambulabit stipulatio profectaque ad heredem redibit ad fructuarium »].

(6) La forma dell'azione risulta da Gaio, *Inst.*, IV, § 86: « Qui autem alieno « nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem

Ma se la trasmissione del credito doveva acquistare un immediato valore pel commercio e consistenza, occorreva già in precedenza assicurare l'acquirente. Questo compito fu risoluto nel seguente modo:

a) Si concesse all'acquirente il diritto di partecipare la cessione del credito al debitore, — la *denuntiatio*. Questi d'allora in poi non poteva più pagare all'originario suo creditore (7).

b) L'acquirente ricevette delle *actiones utiles*, in forza delle quali egli non agiva più come procuratore, bensì in proprio nome. Con ciò la cessione era senz'altro emancipata dal perimento della procura, che ancora minacciava il *procurator in rem suam* (8).

Secondo il concetto romano tutto ciò era « *utilitas* », una singolare deviazione dal principio, reclamata dai bisogni del commercio. Il diritto

---

« autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio « agat, ita formula concipitur: Si paret Nm. Negidium P. Maevio sestertium X « milia dare oportere, iudex Nm. Negidium L. Titio sestertium X milia condemna. « si non paret absolve ».

(7) Sulla denunciazione cfr. più giù § 48, nota 4.

(8) Antonino Pio concesse pel primo l'*actio utilis* al compratore di un'eredità: fr. 16 pr., D. *de pactis*, 2, 14. [« Si cum emptore hereditatis pactum sit factum « et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a « divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem « hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest »]. Nell'epoca posteriore imperiale pagana l'azione utile venne accordata ad ogni compratore di un credito, e così pure al creditore pignoratizio di un credito, come agli altri acquirenti a titolo oneroso: c. 1, c. 2, Cod. *de obbligationibus*, 4, 10; c. 7, Cod. *de hereditate vel actione vendita*, 4, 39. [c. 1 cit.: « Data certae pecuniae quantitate ei cuius memi- « nisti in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse « mandatas et, antequam eo nomine liten contestareris, sine herede creditorem fati « munus implesse proponis. quae si ita sunt, utilis actio tibi competit »; c. 2 cit.: « Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio « subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen « emerit dari oportere saepe rescriptum est »; c. 7 cit.: « Postquam eo decursum « est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut « post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi credi- « tori postulanti dandas actiones »]. Giustiniano per il primo concesse l'*actio utilis* anche al donatario di un credito: c. 33, Cod. *de donationibus*, 8, 53. [« Illam sub- « tilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum « accipientes non aliter eas suis transmittere heredibus poterant, nisi litem ex « his contestati essent vel ius contestationis divino rescripto meruissent. nam « sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litis contestationem ad heredes « transmitti permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus licet « nulla contestatio vel facta vel petita sit. Quod et in procuratore constituendo ad « movendas easdem cessas actiones similiter observandum erit, ut minime quis « impediatur procuratorem cessarum sibi per donationem actionum dare, licet nulla « litiscontestatio facta vel petita sit »]. Egli connette alla innovazione l'effetto, che il credito donato debba passare agli eredi del donatario anche se non si fosse ancora contestata la lite su di esso, il che, come egli rileva, non era stato così sino allora. E ciò risulta dal fatto, che il *mandatum in rem suam*, almeno per principio, si

odierno ne desume un nuovo principio: il diritto alla cessione dei crediti. D'altra parte oggi è possibile, che senza pregiudizio dei diritti del creditore, subentri nell'obbligazione un nuovo debitore, senza che essa perda la sua identità.

I. — *La cessione.*

§ 48. — La cessione e la denunciazione.

1. Pel diritto comune i crediti sono trasmessibili (1). Conseguenza della cessione è dunque il trapasso del diritto. Il cedente finisce di essere creditore, l'acquirente, cessionario, diviene il creditore.

---

estingueva, secondo le regole di esso, solo alla contestazione della lite come i mandati ordinari, e che quindi prima della contestazione della lite l'acquisto del credito, ad opera del *procurator in rem suam*, non era compiuto, ma invece sussisteva solo la possibilità dell'acquisto. Nulla di determinato noi conosciamo sulla forma dell'*actio utilis*, malgrado che non siano mancati dei tentativi per ricostruirla. La c. 5, Cod. *quando fiscus*, 4, 15, *Diocletianus et Maximianus*, dà solo dei punti di appoggio negativi: « In solutum nomine dato. non aliter nisi « mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor « experiri potest. suo autem nomine utili actione recte utetur ». Cfr. fr. 55, D. *de procurat.*, 3, 3: [« Procuratore in rem suam dato praeferendus non est dominus « procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine « utiles actiones habet, rite eas intendit »]. EISELE, *L'*actio utilis *del cessionario* [Die a. u. des Cessionars]. Pubblicazione festiva, 1887. Il rapporto tra l'*actio mandata* ed *utilis,* più o meno oscuro, costituì sin dai tempi antichi il punto di partenza di avviluppate teorie, sulle quali deve consultarsi il MÜLENBRUCH, *loc. cit.*, pag. 201.

(1) Il MÜHLENBRUCH insegnava, che il cessionario fa valere un diritto di credito altrui, e che la cessione non trasmetta il diritto di credito stesso, ma solo l'esercizio di esso. Egli dunque in sostanza considerava la cessione ancora quale essa era nei suoi primordi in Roma, cioè come un *mandatum in rem suam*. Ciò divenne di tempo in tempo opinione comune. Ad essa si attenne tra gli altri il VANGEROW, vol III, § 574, nota 1, pag. 105. All'incontro la maggior parte degli scrittori moderni riconosce la cessione come una successione singolare nel credito. A sostegno di ciò si fa richiamo al fatto, che il diritto romano posteriore concedeva al cessionario *actiones utiles*, con le quali egli non agiva « alieno nomine », ma bensì « suo nomine »; ed inoltre alla circostanza che già Giustiniano parlava di « transferre debitum »: c. 23, Cod., *mandati*, 4, 35 [rip. più in giù, § 51, n. 2]. Il miglior sostegno però di questa opinione sta in ciò, che la cessione, nel diritto comune, ha realmente assunto la figura di una successione nel credito, e che tutte le singole norme di essa riconducono a questa idea. Cfr. GÜRGENS, *La successione singolare nel debito* [Die Singularsuccession in die Schuld], negli *Annali dello* IHERING, vol. VIII, n. 8. — Sulla pegnorazione di crediti, e sulla limitata cessione che in essa si contiene, cfr. vol. I, § 292.

2. Ma qual rapporto esiste tra la cessione e la denunciazione? (2). L'esatta teoria è: la cessione opera il trapasso del credito; la denunciazione ha il compito di assicurare questo trapasso.

Malgrado di ciò non è possibile, che il debitore, il ceduto, perda immediatamente per la cessione il diritto di pagare al suo originario creditore, o di ottenere in altro modo una liberazione di fronte a costui; infatti l'atto della cessione si compie di regola senza la cooperazione, ed anzi senza notizia del debitore ceduto. Perciò subentra uno stadio intermedio, nel quale il cedente, sebbene non sia più creditore, pure di fronte al debitore ha veste legittima di creditore.

Si domanda, quando ha termine cotesto stadio? Secondo una teoria, ciò avviene quando il debitore riceve sicura notizia della cessione (3). Essa appare logica, ma offre delle rilevanti difficoltà pratiche. Poichè la sicura notizia è la persuasione della esattezza del fatto. Con ciò la questione, se il debitore possa o debba ancora pagare al suo originario creditore, vien fatta dipendere da un processo psicologico, interno, che spesso non si manifesta esternamente, e rimane dubbio.

Era più opportuno fissare il momento critico mediante un fatto

---

(2) Le opinioni dei moderni scrittori sul rapporto tra la denunciazione e la cessione, sono assai divise. Il Windscheid, *L'actio*, sosteneva l'opinione, che con la cessione l'*actio* non passi al cessionario, e che a ciò sia necessaria una presa di possesso, — la denunciazione. Come in Roma per l'acquisto delle servitù si richiedeva una presa di possesso, questa sarebbe stata richiesta anche nella cessione di obbligazioni, per rivestirla di un « elemento corporeo ». Ma non è appunto caratteristica delle obbligazioni, che il creditore non abbia alcun possesso sopra di esse? Come si può prender possesso di un oggetto, sul quale non è possibile un possesso? Nelle sue *Pandette*, vol. II, § 331, nota 8, il Windscheid non ha veramente rinunziato all'idea che la denunzia operi « la presa di possesso del credito »: nel rimanente però la sua opinione si è modificata. Oramai egli concede che il cessionario anche prima della denunzia abbia un diritto di credito, ma frattanto anche il cedente sarebbe ancora il creditore dello stesso credito. Si avrebbe dunque una obbligazione correale. Contro di ciò il Baehr, *loc. cit.*, pag. 369, particolarmente dimostra che, dopo la cessione, il cessionario sia l'unico creditore. Il che è senza dubbio esatto. La teoria che il cessionario divenga creditore solo con la denunciazione, conduce, se essa viene logicamente sviluppata, a risultati, i quali stanno in contradizione col concetto della cessione, e con gli scopi pratici, che vengono per essa perseguiti. Nel nostro senso Seuffert, *Archivio*, vol. XXXXVII, n. 266.

(3) Che ogni « sicura » notizia del debitore della cessione sia sufficiente, vien sostenuto in particolar modo dal Baehr, *loc. cit.*, pag. 369; concorda con lui il Regelsberger, nel *Manuale di diritto commerciale dell'* Endemann [Handbuch des Handelsrechtes], vol. II, pag. 528; ma questa opinione non è in alcun modo condivisa dal Trib. Imp. Comm., vol. XXIII, pag. 314, e Trib. Imp., vol. IV, pag. 114, i quali anzi lasciano indecisa la questione. Cfr. in generale Mühlenbruch, *loc. cit.*, pag. 492, e gli scrittori citati dal Windscheid, vol. II, § 331, nota 8. Il Cod. civ. germ., § 407, si accontenta della notizia nel debitore della cessione; fa eccezione il § 411.

esterno. Ciò ha fatto, secondo l'opinione dominante, il diritto romano. Poichè solo mediante la *denuntiatio* del cessionario al debitore ceduto, ha termine la legittimazione del cedente per l'accettazione del pagamento (4). Naturalmente ad essa è parificata la denunciazione da parte del cedente (5-6). È sufficiente anche il riconoscimento della cessione di fronte al cessionario, da parte del ceduto.

Diversamente veniva trattata la vendita di una eredità. Essa è un fatto, avente un valore per sè stante, e che determina una più vasta cerchia di diritti e di doveri; inoltre i debitori dell'eredità non sono a volte tutti noti al compratore della eredità, e spesso non si possono facilmente raggiungere. Perciò non si richiede una speciale notificazione ai debitori dell'eredità. Basta che essi abbiano notizia della vendita dell'eredità (7).

Poichè il cedente sino alla denunciazione ha ancora la legittima qualità di creditore, egli è ancora autorizzato ad intentare, durante questo tempo, l'azione contro il debitore. Altrimenti, dove si sarebbe condotti, se ad ogni creditore si potesse opporre da parte del debitore, di avere appreso essere stato il credito ceduto ? Ciò offrirebbe una splendida occasione a cavillose eccezioni ed indugi nella procedura (8).

---

(4) C. 4, Cod. *quae res pignori*, 8, 16, riportata, vol. I, § 292, nota 9; c. 3, pr. Cod. *de novationibus*, 8, 41. *Gordianus*: « Si delegatio non est interposita « debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo « adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis conte« stetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a « debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exac« tionem contra eum inhibere ».

(5) Trib. Imp. comm., vol. XXIII, pag. 314. Veramente il WINDSCHEID parte dal concetto, che non basti l'avviso del cedente: mancherebbe per lui, in ciò, « l'attività appreensiva dell'acquirente »: *Pandette*, vol. II, § 331, nota 9. Ivi la letteratura sulla questione.

(6) A ragione dice il WENDT, *Pandette*, § 216: « Al debitore sarà lecito respingere e trascurare le notizie che gli pervengano da terze persone, nella ben fondata supposizione, che a lui perverrà di certo direttamente dalle parti una notizia sulla eventuale cessione ».

(7) Fr. 17, D. *de transactionibus*, 2, 15. PAPINIANUS, libro 2, *quaestionum*: « Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui « ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum « ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam « accomodanda est. idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit « hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit ».

(8) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 407 capov. 2° [§ 407: « Il nuovo creditore deve riconoscere la prestazione che il debitore, dopo la cessione, esegua al precedente creditore, come pure ogni negozio giuridico che venga intrapreso, dopo la cessione, tra il debitore ed il precedente creditore, salvochè il debitore, al momento della prestazione o della intrapresa del negozio giuridico, abbia avuto conoscenza della cessione. — Se in una controversia giudiziaria, sorta dopo la

Tuttavia il cedente non è più creditore del credito da lui ceduto. Perciò i creditori del cedente non possono più pignorarlo con successo dal tempo della cessione in poi, anche se la denunciazione non ancora siasi verificata. Anzi il cessionario può intervenire, e dichiarare di sua pertinenza quel credito (9). Inoltre il credito ceduto non cade più nella massa del fallimento del cedente, anche se al tempo dell'apertura del fallimento non era ancora avvenuta la denunciazione al debitore ceduto, anzi il cessionario può far valere per conto suo il credito.

Se infine il creditore ha ceduto un credito a Primo, e più tardi a Secondo, il quale da parte sua procede prima dell'altro alla denunciazione, nondimeno Primo è preferito a Secondo, come cessionario più antico (10). Ed anzi, se Secondo abbia di già riscosso il credito, Primo potrà agire contro di lui per la restituzione del riscosso, avendo quegli conseguito, senza causa giuridica, quanto ad esso Primo spettava (11-12).

---

cessione, tra il debitore ed il precedente creditore, sia stata emessa una sentenza sul credito e sia passata in giudicato, il nuovo creditore deve accettare contro di sè la sentenza, salvochè il debitore abbia conosciuto la cessione al cominciare della giuridica pendenza »]. Diversamente la Corte di appello di Amburgo, nel Seuffert, vol. XXXXVIII, n. 177.

(9) Così pure il Trib. Imp., vol. IV, pag. 111.

(10) La questione è assai controversa. Per il poziore diritto di colui che denunciava pel primo, stanno tra gli altri il Musset, nella *Rivista del* Linde, Nuova Serie, vol. XII, n. 12, e il Knorr, nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. XXXXII, n. 15; Wendt, *Pandette*, § 216. Prima seguiva questa opinione anche il Windscheid, *L'actio*, pag. 190, diversamente nelle *Pand.*, vol. II, § 331, nota 10. — Alle eccezioni che il debitore ha acquistato contro il primo denunciante di buona fede, prima della denuncia del cessionario più antico, deve quest'ultimo però sottostare. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 408: [« Se un credito ceduto dal precedente creditore viene di nuovo ceduto ad un terzo, ove il debitore esegua la prestazione al terzo, ovvero tra il debitore ed il terzo venga intrapreso un negozio giuridico o divenga pendente una controversia giudiziaria, trovano corrispondente applicazione in favore del debitore di fronte al precedente acquirente, le norme del § 407. — Lo stesso vale quando il credito già ceduto viene con sentenza assegnato ad un terzo, o quando il precedente creditore riconosca di fronte al terzo, che il credito già ceduto sia passato al terzo in forza di legge »].

(11) Baehr, *loc. cit.*, vol. I, pag. 439.

(12) Può il debitore di fronte al cessionario che agisce eccepire, che il cedente già prima cedette ad un altro, malgrado che questi non ancora avesse denunciato? Ciò afferma il Trib. Imp. nel Gruchot, vol. XXXVI, pag. 976, così pure la Corte d'appello di Rostock, in Seuffert, *Archivio*, vol. XXXXVIII, n. 20.

§ 49. — Atto della cessione e causa della cessione (1).

La cessione in senso proprio avviene per opera del creditore. Ma, come mediante la cessione, anche per disposizione giudiziale e pur di diritto si acquistano dei crediti.

1. La cessione in senso proprio si suol dire volontaria (*voluntaria*), poichè essa compiesi mediante un atto volitivo del cedente: contratto o legato. Da questo punto di vista essa è volontaria, anche se avvenga in conseguenza di una obbligazione legale.

L'atto della cessione, cioè la trasmissione del credito, e la causa della cessione, per es., la vendita di esso credito, devono, al modo stesso che per la tradizione di cose corporee, nettamente distinguersi. Certo ambedue per lo più coincidono nel tempo ed insieme nella forma esterna; con la vendita in particolare il credito si considera come immediatamente ceduto. Ma la cessione è nondimeno un negozio astratto, la sua sussistenza giuridica è perciò indipendente dalla sua causa (2). Ciò è di grande importanza per il debitore ceduto. Poichè, in conseguenza di ciò, egli, prima di pagare al cessionario, deve esaminare solamente la validità della cessione, non già quella della causa di essa. Se l'atto della cessione è nullo, per es., a causa della minorità del cedente, il ceduto resta obbligato di fronte al cedente, e non può quindi pagare al sedicente cessionario. Ma la possibile annullabilità dell'atto della cessione non lo riguarda (3).

È controverso il trattamento della eccezione di simulazione della cessione. Conforme alla pratica, essa è solo allora ammessibile, quando il debitore ceduto possa dimostrare un proprio e particolare interesse alla nullità della cessione. Comunque infatti sia costituito il rapporto all'interno, in ogni caso il creditore, all'esterno, ha autorizzato il pseudo-cessionario all'esazione del credito. Ciò basta a legittimare l'azione di costui (4).

---

(1) Regelsberger, *Contributi alla teoria della cessione* [Beiträge zur Lehre von der Cession], nell'*Archivio per la pratica civile* vol. LXIII, n. 8.

(2) La questione è controversa. D'altra opinione lo Strohal, negli *Annali di Ihering*, vol. XXVII, pag. 392. Cfr. gli scrittori citati nel Regelsberger, *loc. cit.*, pag. 164, nota 5. Come nel testo il Cod. civ. germ., § 398: [« ... Con la conclusione del contratto il nuovo creditore entra al posto del precedente creditore »].

(3) Regelsberger, *loc. cit.*, pag. 163.

(4) Che il debitore ceduto non possa invocare la simulazione della cessione, e che in ciò si conterrebbe una *exceptio de iure tertii* inammissibile, è regola dominante nella pratica. Ma cfr. le acute indagini del Regelsberger, *loc. cit.*, pag. 167; vedi anche Trib. Imp. comm., vol. XXIV, pag. 322; Windscheid, vol. II, § 334, nota 1; Trib. Imp. nel Gruchot, vol. XXXVI, pag. 990. Intorno al Cod. civ. germ. cfr. Dernburg, *Dir. civ.*, vol. II, parte 1, pag. 304.

2. I crediti vengono trasmessi anche per disposizione giudiziale. In particolare il giudice della esecuzione assegna in luogo di pagamento al creditore procedente, su domanda dello stesso, il credito del suo debitore, all'effetto della esecuzione forzata (5).

3. Infine anche in alcuni casi i crediti trapassano di diritto ad un nuovo creditore (6).

Qui non abbiamo una vera cessione, ma una successione legale. Nondimeno si parla di cessione necessaria, o fittizia (*cessio necessaria*), perchè le norme giuridiche della cessione trovano analoga applicazione, almeno nei punti essenziali (7).

---

(5) Secondo la legge di procedura civile, § 835, il creditore ha un duplice diritto sul credito del suo debitore, da lui pignorato allo scopo della esecuzione forzata: *a*) Egli può farsi aggiudicare il credito in luogo di pagamento al valore nominale. Allora il suo credito è estinto sino all'ammontare del credito assegnatogli, presupposto che questo « sussista », cioè sia valido, e ciò anche se il terzo debitore si trovasse ad essere insolvente; *b*) Il creditore può accontentarsi del suo diritto di pegno sul credito pignorato. Ma egli deve domandare all'autorità giudiziaria la facoltà della riscossione di esso, per realizzare il suo diritto di pegno, cioè la cosiddetta assegnazione per la riscossione. Il suo credito in tal caso è di tanto estinto, di quanto egli riscuote dal terzo debitore, o di quanto egli diviene responsabile verso il pignorato, per *culpa in exigendo*. Cfr. Hellwig, *La pignorazione di crediti* [Die Verpfändung von Forderungen], pag. 115.

(6) S'insegnava di sovente, che il passaggio del credito si verifichi sempre di diritto, quando la cessione possa coattivamente ottenersi in giudizio. Così il Puchta, *Pandette*, § 281, e il Savigny, *Dr. Obl.*, vol. I, pag. 243. Un tale passaggio di diritto deve veramente ammettersi in quei singoli casi, nei quali una cessione espressa sarebbe una formalità priva di scopo, ma non mai di regola: cfr. più giù § 81, nota 15. Nella sua generalità non sarebbe giustificato, poichè toglierebbe ogni sicurezza sulla persona del creditore. Cfr. Mühlenbruch, pag. 470; Baehr, vol. I, pag. 400; Windscheid, vol. II, § 330, nota 12; ed infine Trib. Imp., vol. I, pag. 314. Ma se il creditore è condannato alla cessione del credito, allora la cessione si considera come dichiarata non appena la sentenza passa in giudicato. Cfr. Legge di proc. civ., § 894: [« Se il debitore è condannato ad emettere una dichiarazione di volontà, la dichiarazione si considera come emessa, non appena la sentenza è passata in giudicato. Se la dichiarazione di volontà è fatta dipendere da una controprestazione, questo effetto si verifica non appena, secondo le disposizioni dei §§ 726, 730, sia intimata la copia esecutiva della sentenza passata in giudicato »].

(7) Il Regelsberger, *loc. cit.*, pag. 158, vuol rimuovere il concetto della cessione « legale » o « fittizia », e vorrebbe che si parli solo di un legale passaggio del credito. Ma in quelle espressioni si ha una formula già adottata nell'uso, e comoda, per indicare che le regole della cessione vera e propria trovano analoga applicazione ai casi del passaggio legale del credito. Cfr. Cod. civ. germ., § 412.

§ 50. — **Oggetto della cessione.**

La cessione si estende a tutto il campo dei diritti patrimoniali. Anche le azioni reali sono perciò cedibili (1). Ma particolarmente importante è la cessione dei crediti. Essa è possibile come pei crediti scaduti, così pei non scaduti, condizionali (2) e futuri, e perfino pei crediti sforniti di azione. Anche la cessione delle pretese derivanti da contratti bilaterali è valida; ma con ciò nulla viene immutato al diritto del ceduto, di adempiere solamente verso la controprestazione precedente o contemporanea (3).

Non sono cedibili alcuni crediti, o a causa della loro particolar natura, o a causa di divieti positivi.

1. Non è possibile la cessione di obbligazioni, che hanno un particolare rapporto con la persona del creditore, talchè, mediante una trasmissione, fallirebbero il loro scopo. Tali sono i crediti di alimenti immediati (4).

2. Diritti di pegno, di ritenzione, diritti contro i fideiussori (5), e in generale diritti che sussistono solo in virtù di un'altra pretesa,

---

(1) Cfr. vol. I, § 225, note 1 e 2; Cod. civ. germ., § 931 [« Se un terzo è in possesso della cosa, la tradizione può essere surrogata con la cessione, del proprietario all'acquirente, della pretesa alla consegna della cosa »].

(2) Anche i legati condizionali sono cedibili non ostante il principio contenuto nel fr. 41, D. *de cond. et demonstr.*, 35, 1 [« Legata sub condicione relicta non « statim, sed cum condicio exstiterit deberi incipiunt, ideoque interim delegari « non potuerunt »]. Trib. Imp., vol. VIII, pag. 189; Wolff, *Effetti giuridici della cessione dei legati condizionali* [Rechtswirkungen der Cession bedingter Vermächtnisse], Dissertazione Inaug. Univ. di Bonn, 1887; Enneccerus, *Negozio giuridico* [Rechtsgeschäft], pag. 248; Windscheid, vol. I, § 89, nota 10.

(3) Trib. Imp. comm. vol. XII, pag. 74; Trib. Imp., vol. XIII, pag. 12. Se si tratta di controprestazioni del cedente, le quali, in conformità del contratto, non debbono necessariamente essere adempiute dalla persona stessa del cedente, è libero il cessionario di adempire come un rappresentante del cedente che agisca nel proprio interesse, e di ovviare con ciò alla *exceptio non adimpleti contractus*.

(4) Cfr. sulla cessione di crediti alimentari, ed in particolare delle pensioni vedovili, Trib. Imp., vol. IV, pag. 143. Come non cedibili si considerano anche le *actiones vindictam spirantes,* le quali hanno per iscopo una soddisfazione personale, come p. es. l'azione d'ingiuria; cfr. Mühlenbruch, § 26, inoltre i crediti derivanti da *pacta de contrahendo*; cfr. Degenkolb, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXI, pag. 77. Secondo il Cod. civ. germ., § 399, un credito non può essere ceduto, se la prestazione a persona diversa dall'originario creditore non possa aver luogo, senza che venga mutato il contenuto di essa. Il § 400 vieta la cessione di un credito, quando esso non sia suscettibile di pignoramento.

(5) Diversamente il Trib. Supremo per la Baviera, nel Seuffert, *Archivio*, vol. LIII, n. 149.

possono essere invero ceduti, insieme col diritto principale, ma non mai senza di questo.

3. Le convenzioni sulla non cedibilità di un credito, *pacta de non cedendo*, sono valide, e si oppongono ad una cessione tuttavia compiuta (6).

4. I divieti positivi della cessione del diritto romano non avevano già più nel diritto comune alcuna considerabile importanza pratica. In particolare la cessione di pretese pendenti in giudizio, nulla secondo il diritto romano (7), è ammessa dalla legge di procedura

---

(6) STEGEMANN, il *pactum de non cedendo* nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXVII, pag. 315. Diversamente ERNESTO SCHLESINGER, *L'efficacia del « pactum de non cedendo »* [Die Wirksamkeit des *p. d. n. c.*], Dissertaz. Inaug. Univ. di Erlangen, 1892; per la validità invece del *p. d. n. c.* sta il Trib. Imp., vol. XXXI, pag. 164; ECK, negli *Annali di* IHERING, vol. XXXV, pag. 304; Cod. civ. germ., § 399; cfr. però anche § 405 [§ 399: « Il credito non può essere ceduto,... o quando la cessione sia esclusa in forza di un patto col debitore »; § 405: [« Se il debitore abbia rilasciato un documento del debito, nel caso che il credito venga ceduto con la consegna del documento, egli di fronte al nuovo creditore non può richiamarsi al fatto, che la contrattazione o il riconoscimento del rapporto obbligatorio siano avvenuti solo in apparenza, o che la cessione sia esclusa in forza di un accordo con l'originario creditore, salvochè il nuovo creditore conoscesse o dovesse conoscere lo stato delle cose all'atto della cessione »]. Mancano testimonianze delle fonti. Anche i divieti testamentari della cessione, come ad es. sino ad una certa età del cedente, sono validi. L'esecuzione forzata del credito non è da ciò esclusa; ma il credito pignorato può essere assegnato al creditore soltanto « per la riscossione ». Legge di proc. civ., § 835: [« Il credito di danaro pignorato deve essere assegnato al creditore a sua scelta, per la riscossione, o in luogo di pagamento al valore nominale. — Nell'ultimo caso il credito passa al creditore, con l'effetto che egli, in quanto il credito sussista, debba ritenersi come soddisfatto del suo credito contro il debitore »]. Cfr. SEUFFERT, *Archivio*, vol. LIV, n. 211.

(7) C. 5, Cod. *de litigiosis*, 8, 36: [« Censemus, ut, si quis lite pendente vel « actiones vel res quas possidet ad alium quemdam transtulerit sive scientem « sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subiacere: distinctione quadam inter « contrahentes observanda, ut, si quis sciens vel ad venditiones vel donationes « seu ad alios contractus accesserit, cognoscat se compellendum non tantum rem « redhibere, sed etiam pretio eius privari, non ut lucro cedat ei qui rem alienavit, « sed ut etiam alia tanta quantitas ab eo fisci viribus inferatur: Sin autem ignorans « rem litigiosam emerit vel per aliam speciem contractus eam acceperit, tunc irrita « rei alienatione facta pretium cum alia tertia parte recipiat. iustum est etenim « propter dolosam mentem et absconditam machinationem, cum non emptori « manifestaverit rem in iudicium deductam fuisse, tertia parte pretii, sicut iam « disposuimus, eum puniri. Tali videlicet poena non solum in aliis contractibus, « verum etiam in donationibus porrigenda, ut vera aestimatione facta, cum pretii « datio non est, rem ad alium transferens multetur: omnibus instrumentis, quae « super hoc constituuntur, nullam vim obtinentibus. Exceptis videlicet huius « sanctionis dispositione his, qui vel dotis nomine vel ante nuptias donationis vel « transactionis aut divisionis rerum hereditariarum factae vel per legati vel fidei- « commissi causam tales res vel actiones dederint vel acceperint »].

civile, ma la lite deve continuare a svolgersi tra le parti originarie, ed i diritti processuali già sorti rimangono intatti (8).

Ancora era vietata nel diritto comune, sotto pena della perdita del credito, la cessione di esso ai *potentiores*, cioè a persone che hanno tale preponderanza sociale, che il debitore di fronte a loro non possa convenevolmente osare di continuare la lite (9).

Lo stesso vale della trasmissione di un credito, contro la persona che trovisi sotto tutela, al tutore di essa (10-11).

§ 51. — **Diritti del cessionario contro il debitore ceduto.**

Il credito passa al cessionario nello stato in cui trovasi al tempo della cessione.

Poichè nondimeno il cedente, dalla cessione sino alla denunciazione, conserva ancora la legittima qualità di creditore, così anche il cessionario soggiace alle eccezioni, che il ceduto, ancora in questo tempo intermedio, acquista contro il cedente.

---

(8) Legge di proc. civ., § 265 capov. 1°: [« La litispendenza non esclude il diritto dell'una o dell'altra parte di alienare la cosa di cui si contende o di cedere la pretesa fatta valere »].

(9) C. 2 Cod. *ne liceat potentioribus*, 2, 13: [« Si cuiuscumque modi cautiones « ad potentium fuerint delatae personas, debiti creditores iactura multentur. aperta « enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt « exactores »]. Sulle numerose questioni controverse cfr. VANGEROW, vol. III, § 574, nota 1, pag. 109. Il Cod. civ. germ. non conosce tale divieto: il § 826 può surrogarlo in parte [« Chi in maniera che offenda i buoni costumi arreca dolosamente ad altri del danno, è tenuto verso dell'altro al risarcimento del danno »].

(10) Nov. 72, cap. 5: [Εἰ δέ τις ὡς εἴρηται γενόμενος κηδεμὼν εἶτα περιεργάζοιτο τὰ τοῦ νέου πράγματα καὶ ἐκχωρήσεις εἰς ἑαυτὸν ἢ κατὰ δωρεὰν ἢ κατὰ πρᾶσιν ἢ καθ' ἕτερον οἱονδήποτε τρόπον πράττοι, ἴστω παντοίως ἄκυρον εἶναι τὸ παρ' αὐτοῦ γινόμενον, καὶ μήτε δι' ἑαυτοῦ μήτε διὰ παρεντιθεμένου προσώπου τοιοῦτό τι πράττεσθαι, ἀλλὰ πανταχόθεν ἀνίσχυρα τὰ τοιαῦτα γίνεσθαι ὡσανεὶ μηδὲ τὴν ἀρχὴν γενόμενα..... Καὶ οὐ μόνον ἕως ἢ κηδεμὼν εἴργομεν αὐτὸν τῆς τοιαύτης ἐκχωρήσεως, αλλὰ καὶ μετὰ ταῦτα,... καὶ τηνικαῦτα γὰρ ἄκυρον εἶναι βουλόμεθα τὸ γινόμενον, καὶ μὴ δύνασθαι μηδεμίαν ἀγωγὴν κρατεῖν κατὰ τοῦ πρώην κηδεμονευθέντος ἐγχωρουμένην, ἀλλ' ἀντι μηδὲ γεγονότος εἶναι, καὶ κέρδος γίνεσθαι τῷ νέῳ, κἂν εἰ τὰ τῶν ἐκχωρήσεων ἐπ' ἀληθέσιν αἰτίαις γένοιτο..... Καὶ ταὐτά φαμεν ἐπὶ κηδεμόνος παντὸς ἐφ' ὧν ὅλως κηδεμονίας τινῶν εἰσάγουσιν οἱ νόμοι, ἀσώτων τυχὸν ἢ μαινομένων ἢ παραφρονούντων ἢ εἴ τι ἕτερον ὁ νόμος εἶπεν ἤδη ἢ καὶ τι παράδοξον ἡ φύσις ἐξεύροι].

(11) Secondo la decisione della Dieta Imperiale del 1551, § 79 e l'Ordinanza di Proc. Imp. del 1577, tit. 20, § 4, era proibito che un ebreo cedesse il suo credito contro un cristiano ad altri cristiani. Ciò per impedire che i cristiani profittassero per via indiretta dei contratti d'interessi permessi agli ebrei.

In particolare i diritti del cessionario sono così configurati:

1. L'estensione, nella quale il credito vien trasmesso, risulta dall'atto di cessione (1).

Ciò che il cessionario ha offerto al cedente per il credito è, secondo i principii, privo di valore, per il suo diritto contro il ceduto. Ma per ovviare però ad ignobili speculazioni, consistenti in compere per vile prezzo di crediti dubbi, la cosiddetta *lex Anastasiana* stabilì, che il compratore di un credito non possa pretendere dal debitore ceduto più dell'ammontare del prezzo della cessione. Riguardo all'eccedenza il debitore è liberato. Non vennero colpite da questa legge le cessioni fatte al creditore in luogo di pagamento, inoltre al convenuto terzo possessore del pegno allo scopo della liberazione del pegno, infine ad un condomino allo scopo di una divisione (2).

---

(1) Cfr. fr. 34, pr. D. *de legatis*, III [« Nomen debitoris in haec verba legavit: « ' Titio hoc amplius dari volo decem aureos, quos mihi heredes Gaii Seii debent, « adversus quos ei actionem mandari volo eique eorumdem pignora tradi '. quaero, « utrum heredes tantum decem dare debeant an in omne debitum, hoc est in usuras de« beant mandare. respondit videri universam eius nominis obligationem legatam... »]. Si tratta d'una quistione d'interpretazione, in quanto l'atto della cessione non contenga alcuna determinazione espressa. Di solito gli interessi moratori, i crediti d'interessi, le pretese agli interessi contrattuali a futura scadenza, come pure quelle dirette alle pene convenzionali non ancora incorse, vengono comprese nella cessione. All'incontro gl'interessi contrattuali arretrati, e le pene convenzionali già incorse, non si considerano di regola come ceduti insieme col credito principale. Il Cod civ. germ. lascia la questione indecisa.

(2) C. 22, Cod., *mandati*, 4, 35; ANASTASIUS (a. 506): « Per hanc itaque legem « iubemus in posterum huiusmodi conamen inhiberi... ita tamen, ut, si quis datis « pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum « pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet « instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: Exceptis scilicet cessio« nibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, « quascumque vel creditor vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum « apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in « legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae « sunt, pro his fieri necesse sit ». Sulle numerose controversie, che si riannodano alla *lex Anastasiana*, cfr. VANGEROW, vol. III, § 576. S'intende da sè che il cessionario può reclamare dal debitore ceduto non solo quanto egli « diede », per il credito, ma anche quanto egli « promise » per esso come prezzo dell'acquisto. Trib. Imp., vol. XIV, pag. 240. Particolarmente controverso è stato sempre finora l'onere della prova. Secondo l'opinione dominante deve il convenuto, nel caso di contestazione, dimostrare, che la cessione si fondi su di una vendita, ed ove resti ciò stabilito, il cessionario dovrà dimostrare dal canto suo l'ammontare del prezzo dell'acquisto da lui sborsato. Questa opinione corrisponde alla lettera ed allo spirito della *lex Anastasiana*. Molti nondimeno ritengono che il debitore, a sostegno dell'eccezione, deve dimostrare quanto il cessionario abbia sborsato di meno dell'ammontare del credito. Così tra gli altri il WINDSCHEID, vol. II, § 333, nota 7. — Subito dopo emanata la legge, si trovarono i modi di eluderla. Uno

Il Codice civile ha abolito la *lex Anastasiana*.

2. Al cessionario passano col credito anche gli accessori di esso, particolarmente i diritti contro i fideiussori ed i pegni (3). È controverso, sino a qual punto gli competano i privilegi del cedente. Il cessionario non ha diritto ai privilegi, i quali sarebbero spettati alla

---

di essi assai ovvio era quello di vendere al cessionario il credito solo sino all'ammontare del prezzo della vendita, e di donare a lui l'eccedenza. Tali donazioni vennero dichiarate nulle da Giustiniano, ed estinto il credito dell'eccedenza donata: c. 23, Cod. *mandati*, 4, 35 [« Anastasio divae memoriae principi iustissima constitutio conscripta est tam humanitatis quam benevolentiae plena, ut ne quis alienum subeat debitum cessione in eum facta et amplius consequatur a debitore his, quae praestavit cessionis auctori, exceptis quibusdam casibus, qui specialiter illi sanctioni continentur. sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserunt, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditores (*creditorem*: Casinas, saec. XI, Berolinensis, saec. XII), reliquam autem partem per coloratam cedant donationem, generaliter Anastasianae constitutioni subvenientes sancimus nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre, sed, si voluerit, pure totum debitum donare et per donationem actiones transferre, non occulte nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem: huiusmodi enim cessionibus non adversamur. Si quis autem occulto aliud quidem agere conatur et pecunias pro parte accepit et vendidit particulatim actiones, partem autem donare simulat vel ipsi, qui emptionem actionis subiit, vel forsitan alii per suppositam personam (quia et hoc saepius perpetratum esse didicimus), huiusmodi machinationem penitus amputamus, ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit: sed omne, quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus, ut neque ei qui cedit actiones neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri vel remanere vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem »].

(3) Fr. 6, fr. 23, pr. D. *de her. vel actione vendita*, 18, 4: fr. 14, pr. *cod.*; c. 6, c. 7, Cod. *de obl. et action.*, 4, 10; c. 14, Cod. *de fideiussoribus*, 8, 40. [fr. 6, cit.: « Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori »; fr. 23, cit.: « Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores huius debiti, cedere debet, nisi aliud actum est »; fr. 14, pr., cit.: « Qui filii familias nomina vendidit, actiones quoque quas cum patre habet praestare debet »; c. 6, cit.: « Si in solutum nomen debitoris sui tibi debitor dedit tuus ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere. quod si ab his, quibus fuerant obligata, cum potiores erant, distracta probentur, ab emptoribus avocari non posse perspicis »; c. 7. cit.: « Si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae venditor nominis consequi posset, apud praesidem provinciae vindica. nam si debitum ex eius persona res obligatas tenentes non transferant, iure communi pignora distrahere non prohiberis. Sane si creditoribus in ordine pignorum antecedentibus venumdantibus qui possident comparaverunt vel longi temporis praescriptione muniti

persona del cedente, nel far valere il suo credito. Ciò vale ad esempio per l'esenzione dalle tasse goduta dal fisco, che cedette il suo credito ad un privato. All'incontro i privilegi, che sono connessi al credito, trapassano al cessionario, anche se essi erano concessi in grazia della persona del cedente. Tali sono segnatamente i privilegi dei creditori nel concorso (4-5).

« perhibentur, pignorum distrahendorum te non habere facultatem perspicis »; c. 14, cit. : « ... Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad « vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est vobisque man- « data sunt actiones. Quod si factum est, ea quoque vobis persequentibus adversus « possessores extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertiet »]. Cod. civ. germ., § 401, capoverso 1° [« Insieme col credito ceduto passano al nuovo creditore le ipoteche od i diritti di pegno costituiti per esso, come pure i diritti derivanti dalla garanzia costituita pel credito stesso »].

(4) È controverso, sino a qual punto competano al cessionario i privilegi del cedente, riguardo al credito : cfr. Mühlenbruch, *loc. cit.*, § 56 ; Vangerow, vol. III, § 575, nota 2 ; Windscheid, vol. II, § 332, nota 10. Circa l'ereditarietà di essi, i Romani distinguono i *privilegia causae* e *personae*. I primi, i quali sono concessi in grazia delle qualità del credito, passano agli eredi del creditore ; gli altri, i quali vennero accordati in grazia della persona del creditore non vengono ereditati. Parecchi ora ritengono, che in conformità di ciò i *privilegia causae* passino invero al cessionario, ma non già i *privilegia personae*. Apparentemente sta in favore di ciò il fr. 42, D. *de administratione tut.*, 26, 7. Papinianus, libro 1, *definitionum* : « Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condem- « navit. in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, « quod nec heredi pupilli datur : non enim causae, sed personae succurritur, quae « meruit precipuum favorem ». Ma la decisione di Papiniano si riferisce al caso d'una cessione forzata, la quale ha per iscopo solo di rimpiazzare il diritto d'agire, mancante ai contutori, per la proporzionale ripartizione del risarcimento del danno. Un privilegio dei creditori nel concorso per tale pretesa non avrebbe nel fatto alcuna intrinseca giustificazione. Se Papiniano continua, che questo privilegio non passa agli eredi perchè non è un privilegio *causae*, ciò non giustifica la conclusione, che esso si estingua anche nel caso di una cessione ordinaria. Con ciò la cessione deteriorebbe in tal modo il credito, che spesso al creditore si renderebbe nel fatto impossibile la cessione dello stesso. E ciò tanto meno deve ammettersi, in quanto in altri casi viene senza alcuna difficoltà riconosciuto il passaggio dei privilegi personali al cessionario ; cfr. c. 7, Cod. *de priv. fisci*, 7, 73 ; c. 2, Cod. *qui pot.*, 8, 18 [c. 7, cit. : « Si in te ius fisci, cum reliqua debitoris, pro quo « satisfaciebas, tibi competens iudex adscripsit et transtulit, ab his creditoribus, « quibus fiscus potior habetur, res quas eo nomine tenes non possunt inquietari » ; c. 2 cit : « Si decreto praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem « fundi hereditarii fideicommissi condicionalis servandi gratia prius inducti estis, « quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu « eius, qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. nam cum de « pignore utraque pars contendant, praevalet iure, qui praevenit tempore »]. Pur nondimeno molti dei moderni negano al cessionario quei benefici, che hanno il loro fondamento in una qualità personale del creditore, almeno allora quando essi non tanto concedono un vantaggio, quanto solo ne offrono l'aspettativa. Tra i

3. A quali eccezioni personali del cedente deve il cessionario sottostare? Di regola a tutte, non solo dunque a quelle che sarebbero *in rem*, ma anche a quelle che in altro rapporto sarebbero solo *in personam*. È sufficiente che il fondamento di fatto della cessione sussistesse prima della *denuntiatio* (6). Ma se il debitore ceduto ha rico-

---

beneficii dell'ultima specie essi pongono i privilegi nel concorso. Cfr. WINDSCHEID, *loc. cit.* Se si vuole ammettere una tale conciliazione col fr. 42 cit., ciò ha luogo però in maniera assai esterna, poichè il responso di Papiniano nulla contiene di tale distinzione. Neanche può concedersi, che i privilegi dei creditori nel concorso accordino solo un'« aspettativa » di vantaggi, essi sono piuttosto qualità assai importanti di determinati crediti, le quali certo divengono efficaci solo nel caso del fallimento del debitore; cfr. Trib. Imp., vol. III, pag. 34. Attualmente il Cod. civ. germ., § 401, capoverso 2°, dispone: « Un diritto di privilegio congiunto ad un credito, pel caso della esecuzione forzata o pel fallimento, può esser fatto valere anche dal nuovo creditore ».

(5) È assai dubbio, se il cessionario possa fare valere quei privilegi, che gli competono riguardo ai « suoi » crediti, in conseguenza della sua personale condizione, anche in riguardo ai crediti « ceduti ». Se cioè, per es., il pupillo od il *filius familias* possano pretendere il privilegio nel fallimento del tutore, o del *pater familias* anche per i crediti loro ceduti contro dei medesimi. L'affermativa appare permessa, dacchè al cessionario viene trasmesso in proprietà il credito cedutogli. Ma questa ragione puramente formale non può convincere. La condizione del debitore non deve essere essenzialmente peggiorata dalla cessione, ed il credito non deve essere da essa avvantaggiato. Ciò sta per la soluzione negativa della questione. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 332, nota 12.

(6) Il WINDSCHEID, vol. II, § 332, nota 2, stabilisce come principio, che le eccezioni, le quali non si riferiscono tanto al « credito stesso », quanto piuttosto « alla determinata persona del creditore », cadono col cambiarsi del creditore. Contro di ciò deve rammentarsi, che nulla può qui importare, se si tratti di eccezioni le quali vengono meno di fronte agli eredi del creditore, ma solo, se esse sono siffattamente personali, che non possano aver presa contro un cessionario. Ma non è dimostrato che esistano eccezioni di tal fatta. Oggi non vien posto in dubbio, che la *exceptio doli*, malgrado che sia *in personam* pure possa opporsi al cessionario per la persona del cedente. Ma l'eccezione che in prima linea si adduce è quella del *beneficium competentiae*. Essa era di certo *personae cohaerens*, e perciò competeva allo stesso debitore, non al fideiussore del debitore: fr. 7, D. *de exceptionibus*, 44, 1; ma in niun luogo viene attestato, che essa sia *in personam* nel senso, che non possa avere effetto di fronte al cessionario quando fosse ben fondata di fronte al cedente. Ciò non deve ammettersi anche per ragioni intrinseche. Non può farsi alcuna differenza, se direttamente dal proprio debitore si esige l'intera somma dovuta, ovvero per la indiretta via della cessione [fr. 7, cit.: « Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, « veluti ea quam socius habet exceptionem 'quod facere possit', vel parens « patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matri- « monium datus in solidum dotis nomine condemnatur. Rei autem coaherentes « exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiu- « randi, quod metus causa factum est »]. Si adducono inoltre i contratti di dilazione. Però un contratto di dilazione, mediante il quale il creditore rinunzia per la sua persona a far valere il credito, riserbandolo pei suoi eredi — fr. 57, § 10,

nosciuto come giuridicamente valido il debito di fronte al cessionario, egli non potrà, secondo l'esatta opinione, servirsi delle eccezioni, che gli competevano riguardo alla persona del cedente (7).

Il debitore ceduto può inoltre acquistare eccezioni di ogni specie dalla persona del cessionario (8).

4. Il debitore ceduto dev'essere garantito contro il pericolo di dover pagare in doppio. Questo pericolo può segnatamente sorgere da ciò, che l'originario creditore non riconosca la pretesa cessione, ed esiga ancora una volta il pagamento, dopo che il debitore, volontariamente o costrettovi da sentenza passata in giudicato, ha già pagato a colui che si faceva avanti come cessionario. Ad evitare ciò, il debitore prima del pagamento può richiedere dal cessionario la consegna del documento di cessione o di altri mezzi di prova della cessione, che gli danno la possibilità di produrre da parte sua la prova dell'avvenuta cessione di fronte all'originario creditore, se questi più tardi dovesse agire. Se il cessionario non ne sia in grado può richiedere il deposito della somma del debito, salvochè egli offra al debitore

---

de pactis, 2, 14 — può indubbiamente essere opposto al cessionario del creditore, finchè questi è in vita; ciò corrisponde alla sua presunta intenzione. Ma un contratto, pel quale il creditore rinunzi per conto suo a far valere un credito, e lo riserbi tuttavia per un eventuale cessionario, non occorrerà giammai; esso sarebbe presso a poco privo di valore pel debitore. Per un tal caso così discosto non vi ha bisogno della distinzione del Windscheid. A ragione perciò la maggior parte dei recenti scrittori insegna, che tutte le eccezioni, le quali sino al momento della denunzia erano fondate nella persona del cedente, si possono opporre anche al cessionario; cfr. Francke, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XVI, n. 15; Vangerow, vol. III, § 575, nota 1. Secondo il Codice civ. germ., al posto della denunzia subentra la notizia nel debitore della cessione; cfr. § 497 [fr. 57, D. cit.: « Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, « veluti ne ego petam vel ne a te petatur: heres meus ab omnibus vobis peti- « tionem habebit et ab herede tuo omnes petere poterimus »].

(7) Il riconoscimento del credito da parte del debitore ceduto — non già dunque il semplice riconoscimento della cessione — dà al credito stesso un nuovo fondamento. Cfr. Glück, vol. XVI, pag. 426. D'altra opinione il Mühlenbruch, § 50. Se il riconoscimento sia seguìto per errore, e la cessione sia avvenuta in base ad un titolo oneroso, il debitore ceduto — arg. fr. 12, D. *de novation.*, 46, 2 — ha una *condictio* contro il cedente, il quale resta arricchito *sine causa* — ma non ha alcun diritto contro il cessionario [fr. 12, cit.: « ... sed si per ignorantiam « promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, « quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si « non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praesti- « terit pecuniam, aget mandati iudicio »].

(8) Il debitore ceduto non acquista alcuna eccezione dai patti interceduti tra il cedente e il cessionario intorno al modo in cui quest'ultimo debba far valere il credito a lui ceduto incondizionatamente, particolarmente nella cosiddetta *cessio in securitatem*: Trib. Imp., vol. XXIV, pag. 162.

ceduto una garanzia reale contro il pericolo di possibili pretese del cedente (9).

Se diversi pretendenti si fanno innanzi pel medesimo credito, il debitore può depositare la somma di danaro, e lasciare che tra di loro compongano la lite riguardo al credito (10).

§ 52. — **Rapporti giuridioi tra il cessionario e il cedente.**

Per lo più sussistono reciproche pretese tra il cessionario e il cedente. Esse derivano non tanto dalla stessa cessione, quanto dalla causa di essa. Questa determina perciò il contenuto e la estensione della cessione medesima.

Però vi sono delle obbligazioni, che accompagnano ogni cessione, perchè sorgono dalla natura di questo negozio.

1. Sempre e dapertutto il cedente è obbligato al risarcimento verso il cessionario, se egli dopo la cessione accetta ancora dei pagamenti, ovvero fa ancora uso, a danno del cessionario, della sua legittimazione formale a poter disporre del credito (1).

---

(9) Cfr. segnatamente il Baehr, *loc. cit.*, pag. 445; fr. 11, § 21, D. *de legatis*, III. [« Sic evenit, ut interdum si pluribus testator honorem habere voluit et de « pluribus sensit, quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem eius plures « admittantur. ut puta si decem fuernnt eiusdem rei stipulandi et heres vel fidei- « commissarius rogatus est, ut eis solveret: hic enim si omnium interest et de « omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt. sed « utrum in partem agent an in solidum, videamus: et credo, prout cuiusque in- « terest, consequentur: unus igitur qui occupat agendo totum consequitur ita, « ut caveat defensu iri adversus ceteros fideicommissarios eum qui solvit, sive « socii sunt, sive non »]. Cod. civ. germ., § 410. [« Il debitore è tenuto, di fronte al nuovo creditore, alla prestazione solo contro consegna del documento rilasciato dal precedente creditore sulla cessione. Una intimazione od un precetto del nuovo creditore è inefficace, quando segua senza la esibizione di un tale documento, ed il debitore li respinga senza indugio per tale motivo. — Queste norme trovano applicazione quando il precedente creditore ha per iscritto partecipato al debitore la cessione »].

(10) Legge di proc. civ., § 75. [« Se dal debitore convenuto vien denunziata la lite ad un terzo, che pretende per sè il credito che vien fatto valere, e se il terzo interviene in causa, il convenuto, quando abbia depositato l'ammontare del credito a favore dei creditori contendenti, rinunziando al diritto del ritiro del deposito, deve essere, sopra sua domanda, prosciolto dalla controversia giudiziaria sotto condanna nelle spese cagionate dalla sua infondata contradizione, e la controversia sul diritto riguardante il credito dev'essere continuata tra i creditori contendenti soltanto. Alla parte vittoriosa dev'essere assegnato l'ammontare depositato, ed il soccombente dev'essere condannato anche al rimborso delle spese sopportate dal convenuto, non cagionate dalla sua infondata opposizione, insieme con le spese del deposito »].

(1) Fr. 23, § 1, D. *de her. vel actione vendita*, 18, 4. Hermogenianus, libro 2, *iuris epitomarum*: « Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exac-

2. Egli deve inoltre in generale prestare al cessionario l'assistenza usuale in commercio, per la realizzazione del credito, e quindi specialmente rilasciargli, a richiesta, un documento scritto della cessione (2), e rendergli accessibili i mezzi di prova del credito.

3. Egli deve consegnare al cessionario i mezzi di assicurazione del credito ceduto, in ispecie dunque rimettergli i pegni, finchè ciò si comporti con la sua responsabilità di fronte all'impegnatore.

4. Il venditore di crediti è tenuto per la giuridica sussistenza di essi: *nomen verum esse*, — cioè pel fatto che sono in sè e per sè fondati, e non sono per sempre o temporaneamente irriscuotibili in conseguenza di eccezioni perentorie o dilatorie, ignote al compratore al momento dell'acquisto.

All'incontro il venditore stesso non è in sè e per sè responsabile verso il compratore per la esigibilità di fatto del credito, — *nomen bonum esse*. Se essa siasi anche convenuta, il venditore è tenuto soltanto nel presupposto, che il compratore, subito dopo la cessione o rispettivamente dopo la scadenza, esiga il credito o proceda senza interruzione contro il debitore.

Ciò che vale per la vendita, sia detto per ogni alienazione a titolo oneroso (3-4).

« tione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur ». È evidente che al cessionario deve essere restituito quanto è stato ancora riscosso dal cedente senza distinzione della causa della cessione, — eventualmente a causa di ingiustificato arricchimento con l'altrui avere.

(2) Cod. civ., §§ 402, 403. [§ 402: « Il precedente creditore è tenuto a partecipare al nuovo creditore le notizie necessarie per far valere il credito, e di consegnargli i documenti che servono alla prova del credito, in quanto si trovino in suo possesso »; § 403: « Il precedente creditore deve rilasciare al nuovo creditore, su richiesta di lui, un pubblico documento della cessione. Le spese devono essere sopportate ed anticipate dal nuovo creditore »]. BAEHR, pag. 481: « S'intende da sè, che le spese dell'istrumento di cessione devono essere sopportate dal cessionario, se non vi siano speciali ragioni in contrario ».

(3) Fr. 4, D. *de her. vel actione vendita*, 18, 4. ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse « debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud con- « venit, »; fr. 5 D. *eod.* PAULUS, libro 33, *ad edictum*: « et quidem sine excep- « tione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus « sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti in- « tersit emptoris »; fr. 74, § 3, D. *de evictionibus*, 21, 2: [« Qui nomen quale « fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum prae- « stare cogitur »]. I §§ 437, 438 del Cod. civ. germ., concordano in ciò: il venditore [§ 438] di un credito, il quale abbia assunto la responsabilità per la insolvenza del debitore è tenuto nel dubbio solo per la insolvenza al tempo della cessione. [§ 437: « Il venditore di un credito o di un altro diritto è tenuto per la giuridica sussistenza del credito o del diritto. — Il venditore di carte valori è tenuto anche della non avvenuta pubblicazione della dichiarazione di nullità »].

Il donatore del credito è responsabile solo del dolo eventuale (5). Lo stesso vale nel caso di una cessione in conseguenza di una esecuzione forzata, e nelle cessioni legali.

II. — *Assunzione del debito* (1).

§ 53. — **Concetto ed effetti dell'assunzione del debito.**

Assunzione del debito si suol chiamare l'ingresso di un nuovo debitore in una obbligazione, la quale nel rimanente continua a sussistere. Essa è privativa, se il nuovo debitore entra al posto del precedente, — e cumulativa, se egli resta obbligato accanto ad esso. L'assunzione del debito si considera di regola come privativa. Essa costituisce una successione; il diritto creditorio continua a sussistere, il debitore cambia. L'azione viene intentata in base al negozio originario, — la assunzione del debito determina solo la legittimazione passiva.

L'assunzione del debito può avvenire:

a) per contratto dell'accollatario col creditore;

b) più difficile è il rapporto, nel caso che l'assunzione venga pattuita soltanto tra l'originario debitore e l'accollatario.

---

(4) Che cosa deve prestare il venditore quando il credito venduto non sussiste affatto, o non sussiste nella misura asserita? Egli, come anche ragiona il Trib. Imp., vol. VIII, pag. 109, deve risarcire al compratore di buona fede il suo complessivo danno interesse, senza differenza se il credito giammai esistette, o se venne rimosso *ipso iure*, per esempio, mediante pagamento, o se è infirmabile mediante eccezione. Chi vende infatti un credito, assicura l'esistenza di esso, e deve rispondere della verità di questa assicurazione, e relativamente risarcire il danno derivato al compratore che ha prestato fede a tale assicurazione, per non essere questa corrispondente ai fatti. L'interesse, quando pure fosse stato indicato un determinato importo nominale del credito, non coincide punto sempre con questo, e tanto meno è identico al prezzo pagato. L'interesse è invece diverso secondo le circostanze. La letteratura sulla questione è insieme raccolta dal Trib. Imp., vol. VIII, pag. 110. Il Cod. civ. germ., § 440, rimanda ai §§ 320-327, che trattano dei contratti bilaterali, e lascia con ciò oscura la decisione.

(5) Cfr. anche Cod. civ. germ, § 523. [« Se il donante dolosamente tace il difetto del diritto, egli è tenuto a risarcire al donatario il danno da ciò derivato »].

(1) Delbrück, *L'assunzione di debiti altrui* [Die Ubernahme fremder Schulden], 1853, e su di esso il Hinrichs nel *Periodico mensile generale di Kiel* [Kieler allgemeine Monatsschrift], anno 1853, pag. 685; Gürgens, negli *Annali di* Ihering, vol. VIII, n. 8; Regelsberger, nel *Manuale di diritto commerciale dell'*Endemann [Handbuch des Handelsrechtes], vol. II, pag. 532, e nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXVII, pag. 24; Baehr, *ivi*, pag. 176; Unger, *Assunzione di debito* [Schuldübernahme], 1889; Adler, nell'*Archivio pel diritto civile*, vol. III, pag. 1; Blume, *Novazione, delegazione e trasmissione del debito* [Novation, Dele-

Un siffatto contratto obbliga l'accollatario, di fronte al suo contraente, ad effettuare la liberazione di costui. Ma il creditore del medesimo acquista anch'egli un diritto di credito contro l'assuntore del debito, malgrado che non avesse preso parte alla conclusione del contratto e nemmeno fosse stato invitato a farvi adesione? (2).

Ciò è allora giusto, quando l'assunzione del debito è parte costitutiva di un negozio, che procura all'assuntore del debito quei valori, coi quali, secondo il comune apprezzamento, devesi di preferenza estinguere il debito assunto, particolarmente se a lui viene trasmesso un patrimonio, al quale appartengono le obbligazioni assunte (3), ovvero se egli acquista una cosa sulla quale grava un debito ipotecario, e nel tempo stesso assuma anche personalmente il debito (4). Il creditore

---

gation und Schuldübertragung], 1895, pag. 39 sgg.; KIPP., negli *Annali di* IHERING, vol. XXXVI, pag. 336; cfr. inoltre gli scrittori citati dal BLUME, negli *Annali di* IHERING, vol. XXXVIII, pag. 390.

(2) Secondo il diritto romano, dal contratto tra il debitore e l'accollatario sorgevano, a causa dell'assunzione del debito, solo pretese del debitore alla liberazione, ma niun diritto del creditore della obbligazione che veniva assunta. c. 2, Cod. *de hereditate vel actione vendita*, 4, 39. ANTONINUS: « Ratio iuris postulat, « ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volen- « tibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experias suo « ordine..... quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, « excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest ». Se però il creditore aveva agito contro l'accollatario e con lui intrapreso la *litiscontestatio*, che egli volontariamente compì con l'accollatario medesimo, l'originario debitore era liberato: c. 2, Cod. *de pactis*, 2, 3. SEVERUS et ANTONINUS: « Post venditionem hereditatis « a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris « eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter « defenderis ».

(3) Un caso principale è l'acquisto di un negozio commerciale con la ditta di esso: Cod. comm., § 22. [« Chi acquista tra vivi, o a causa di morte, un negozio commerciale esistente, può mantenere per il negozio la ditta precedente, con o senza apposizione di un'aggiunta che indichi il rapporto di successione, quando il precedente possessore o i suoi eredi assentano espressamente alla continuazione della ditta. Con ciò non vien tolto l'obbligo di una società per azioni o di una società in accomandita per azioni, di porre nella ditta l'indicazione prescritta nel § 20. — Se un negozio commerciale viene assunto in base ad un usufrutto, ad un contratto di locazione, o ad un simile rapporto, queste norme trovano corrispondente applicazione »]. Cfr. Trib. Imp., vol. II, 55, e nei *Contributi* [Beiträge] del GRUCHOT, vol. XXXVII, pag. 1148, ma anche il SIMON, *La responsabilità dell'imprenditore per le obbligazioni commerciali* [Haftung des Unternehmers für Handelsschulden], nella *Rivista del* GOLDSCHMIDT, vol. XXIV, pag. 91.

(4) Trib. Imp., vol. VII, pag. 131; Cod. civ. germ., § 416. [« Se l'acquirente di un fondo assume, mediante contratto con l'alienante, un debito di questi, pel quale sia costituita un'ipoteca sul fondo, il creditore può ratificare l'assunzione del debito, quando l'alienante gliela partecipi. Se dal ricevimento di tale partecipazione sono decorsi sei mesi, la ratifica si considera come data, quando il creditore

conserva invero anche in questi casi il suo diritto di credito contro il suo originario debitore; ma egli vi rinunzia, se fa valere di fronte all'accollatario i diritti derivanti dal contratto di assunzione, particolarmente se agisce contro di lui, presupposto che l'assunzione del debito fosse avvenuta in senso privativo. Mentre egli accetta i vantaggi che a lui offre l'assunzione di debito, dà con ciò il suo assenso al negozio, che egli non può scindere (5-6).

Ma tutto questo è dipendente dal fatto, che il negozio dell'assunzione abbia valore giuridico di fronte all'accollatario col quale viene conchiuso (7).

L'accollatario assume il debito nello stato in cui trovavasi al tempo del contratto. Perciò egli può di regola opporre al creditore tutte le eccezioni, che competevano all'originario debitore al tempo di quel contratto (8-9). L'assunzione frattanto può avvenire anche nel senso, che l'assuntore rinunzi alle eccezioni (10).

---

non l'abbia in precedenza rifiutata di fronte all'alienante..... — La partecipazione dell'alienante può seguire solo allora quando l'acquirente sia iscritto come proprietario nei libri catastali. Essa deve aver luogo in iscritto, e contenere l'accenno, che l'accollatario subentra al posto del precedente debitore, se il creditore non dichiari il suo rifiuto entro sei mesi. — L'alienante su richiesta dell'acquirente deve partecipare al creditore l'assunzione del debito. Quando la concessione o il rifiuto della ratifica siano avvenuti, l'alienante deve darne notizia all'acquirente »].

(5) Diversamente le nostre due prime edizioni; cfr. Trib. Imp., vol. XIX, pag. 253; si discosta il Trib. Imp., vol. XXXII, pag. 156; ma contro: Eck., negli *Annali di* Ihering, vol. XXXIII, pag. 294.

(6) Il Cod. civ. germ., § 415, fa dipendere l'efficacia dell'assunzione di debito dalla ratifica del creditore. L'assenso può seguire solo allora, quando il debitore o l'accollatario hanno partecipato al creditore l'assunzione del debito. Sino alla ratifica le parti possono modificare o distruggere il contratto.

(7) È controverso, se il diritto del creditore dipenda dalla giuridica validità del contratto tra il debitore e l'assuntore. Il Regelsberger, *loc. cit.*, ammette, che la nullità del contratto sottragga la base al diritto del creditore, ma non già la semplice annullabilità; che dunque ad esso non possa nuocere ad esempio la *exceptio doli* o la *exceptio non adimpleti contractus*. Ciò però potrebbe appena corrispondere all'intenzione, nella quale ebbe luogo l'assunzione del debito. Io compro una casa nuova ed assumo le ipoteche che su di essa gravano, la casa mi viene rilasciata, ma per difetto di costruzione rovina: sono io personalmente vincolato al pagamento dei debiti ipotecari, malgrado che io restituisca tutto al venditore? Ancora più oltre del Regelsberger va il Gürgens, *loc. cit.*, pag. 283. Il Codice civ. germ., § 417, capov. 2, dispone: « Dal rapporto giuridico tra l'accollatario ed il precedente debitore, che è di base all'assunzione del debito, non può l'accollatario trarre eccezioni di fronte al creditore »; cfr. del resto Dernburg, *Diritto civile*, vol. II, pag. 358.

(8) Una eccezione viene ammessa riguardo alle *exceptiones personae cohaerentes*. Ciò deve lasciarsi valere per l'eccezione del *beneficium competentiae*, avendo essa un rapporto personalissimo col debitore, al quale dev'essere lasciato quanto a lui fa bisogno pel sostentamento.

SEZIONE V.

Estinzione delle obbligazioni.

§ 54. — Cause di estinzione in generale. *Acceptilatio.* (1).

Le obbligazioni sono destinate ad aver fine, in tempo vicino o lontano, mediante la prestazione di ciò che è dovuto — pagamento. Esse possono aver termine anche mediante surrogati dell'adempimento, e cioè, colla volontà del creditore, mediante una prestazione in luogo di pagamento, o mediante novazione, e senza la sua volontà mediante compensazione. Anche prescindendo da ciò vi sono numerose cause che annullano le obbligazioni, per es., la rinunzia del creditore, la confusione, l'impossibilità della prestazione (2).

Molte cause di estinzione annullano l'obbligazione immediatamente; per esse si adopera di preferenza l'espressione, del resto ambigua, dell'annullamento *ipso iure*. Altre generano solo delle eccezioni perentorie, talchè solamente in conseguenza di queste il legame obbligatorio viene del tutto troncato (3).

---

(9) Anche secondo il Cod. civ. germ., § 417, capov. 1, l'accollatario può opporre al creditore le eccezioni del debitore. Egli non può però compensare con un credito che compete al precedente debitore.

(10) I privilegi, come pure i diritti di pegno costituiti dal debitore, si mantengono. Neanche si estinguono le pretese contro i fideiussori personalmente obbligati, i quali non hanno il *beneficium excussionis*. Naturalmente i medesimi fideiussori conservano le loro pretese di regresso contro il debitore originario, pel quale essi hanno interceduto, nel caso che vengano costretti al pagamento. All'incontro pel Cod. civ. germ., § 418, le fideiussioni, i diritti di pegno ed i privilegi di concorso si estinguono. [§ 418: « In conseguenza dell'assunzione del debito si estinguono le fideiussioni e i diritti di pegno, costituiti pel credito. Lo stesso vale se per il credito è costituita un'ipoteca, come se il creditore rinunzi all'ipoteca. Queste norme non trovano applicazione quando il fideiussore, o colui al quale l'oggetto vincolato appartiene al tempo dell'assunzione, presta ad essa il suo consenso. — Un diritto di privilegio, annesso al credito pel caso del fallimento, non può essere fatto valere nel fallimento aperto sul patrimonio dell'accollatario »].

(1) In senso lato ogni estinzione dell'obbligazione dicesi « *solutio* », cioè *scioglimento*, pari a liberazione del debitore; fr. 54, D. *de solutionibus*; in senso stretto s'intende per essa solo « l'adempimento » dell'obbligazione; fr. 176, D. *de V. S.*, 50, 16 [fr. 54, cit.: « Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo « factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solu- « tionem »; fr. 176, cit.: « ' Solutionis ' verbo satisfactionem quoque omnem acci- « piendam placet. ' solvere ' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit »].

(2) Cfr. Hartmann, *La obbligazione* [Die Obligatio], pag. 62.

(3) Fr. 112, D. *de R. I.*, 50, 17; Paulus, libro 8, *ad edictum*: « Nihil inte- « rest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur »; fr. 66,

Accanto alle cause speciali di estinzione delle obbligazioni, il diritto romano conosceva una dichiarazione di estinzione astratta del creditore, che poneva fine alla obbligazione, senza che si rimontasse alla causa della dichiarazione.

Essa era l'*acceptilatio* (4): un negozio formale, nel quale il debitore rivolgeva la domanda al creditore « *quod ego tibi promisi, habesne acceptum* » ? e il creditore dava la risposta affermativa « *habeo* » (5-6). L'accettilazione era destinata a far tavola rasa. Perciò essa non ammetteva condizioni od altre limitazioni (7). Si ebbe anche cura di assicurarla il più possibile contro le impugnative (8).

D. *eod.*; fr. 20, § 3, D. *de liberali causa*, 40, 12; fr. 55, D. *de V. S.*, 50, 16 [fr. 66, cit.: « Desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam nec « ab aequitate naturali abhorrentem »; fr. 29, § 3, cit.: « Obligatum accipere « debemus, si exceptione se tueri non potest: ceterum si potest, dicendum non « esse obligatum »; fr. 55, cit.: « Creditor autem is est, qui exceptione perpetua « summoveri non potest: qui autem temporalem exceptionem timet, similis est « condicionali creditori »].

(4) Cfr. sull'accettilazione il Baron, *Rapporti giuridici collettivi* [Gesammtrechtsverhältnisse], pag. 309; Fitting, *Obbligazioni correali* [Korrealobligationen], § 8; Erman, *Per la storia delle quietanze e degli atti di* solutio *romani* [Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte], 1883.

(5) § 1, *Inst. quibus modis obligatio tollitur*, 3, 29 [« Item per acceptilationem « tollitur obligatio. est autem acceptilatio immaginaria solutio. quod enim ex ver- « borum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut « patiatur haec verba debitorem dicere: ' quod ego tibi promisi habesne acceptum?' « et Titius respondeat ' habeo ': sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic « fiat, ut Latinis verbis solet: ' ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών '. quo genere « ut diximus tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non « etiam ceterae: consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse « aliis verbis dissolvi: sed id, quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem « deduci et per acceptilationem dissolvi. sicut autem quod debetur pro parte recte « solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest »]. Altre formule e testi vedi in Erman, *loc. cit.*, pag. 32.

(6) Il carattere astratto dell'*acceptilatio* viene a ragione affermato dal Baron, *loc. cit.* La accettilazione si può congiungere ad un pagamento integrale, e così pure può basarsi sull'intenzione di una remissione dell'obbligazione senza soddisfacimento, o nei casi di soddisfacimento soltanto parziale; fr. 19, § 1, D., *de acceptilatione*, 46, 4 [fr. 19: « Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re « obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi « se tueri potest. Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptila- « tionem omnî modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non « alias, quam si pecunia soluta sit »]. Perciò l'accettilazione non va identificata, come fa, tra gli altri, l'Arndts, con un contratto di remissione: cfr. più giù § 65.

(7) Fr. 4, fr. 5, D. *de acceptilatione*, 46, 4 [« Acceptilatio sub condicione fieri « non potest ». — In diem acceptilatio facta nullius est momenti: nam solutionis « exemplo acceptilatio solet liberare »].

(8) Nelle cc. 2 e 3 Cod. *de acceptilationibus*, 8, 43, Diocleziano e Massimiano rilevano che dopo l'accettilazione « ei, qui ex nulla causa restitui potest,

L'*acceptilatio*, come estinzione « *verbis* » aveva forza soltanto contro le obbligazioni verbali (9). Era infatti antica massima della romana giurisprudenza che la forma dell'estinzione dei negozi dovesse corrispondere alla forma della loro costituzione (10). Ciò nondimeno per mezzo della novazione si facevano trasformare le obbligazioni di ogni specie in obbligazioni verbali, e quindi si facevano estinguere mediante l'accettilazione. In tal modo si potevano rimuovere tutte le pretese, che qualcuno affacciava per qualche motivo, facendole tutte insieme novare, secondo una formula fissata da Aquilio Gallo (*stipulatio Aquiliana*) e quindi estinguendole mediante l'*acceptilatio* (11).

« omnis agendi via praecluditur ». Se però veniva compita la accettilazione, in grazia della dichiarata aspettativa di un avvenimento futuro e questo non si verificò, si concedeva una *condictio*; fr. 4, fr. 10, D. *de condictione causa data causa non secuta*, 12, 4; fr. 9, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5 [fr. 4, cit.: « Si « quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec « ille det, potest dici condici posse ei, quia accepto sit liberatus »; fr. 10, cit: « Si « mulier ei cui nuptura erat cum dotem dare vellet, pecuniam quae sibi debe- « batur acceptam fecit neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condi- « cetur, quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa « an per acceptilationem pervenerit »; fr. 9, cit.: « Ob eam causam accepto libe- « ratus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti « actione tenebitur. itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed pro- « missa praestabitur aut condemnatio sequetur »].

(9) Fr. 19, pr. D. *de acceptilatione*, 46, 4 [riportato alla nota 6].

(10) Fr. 80, *de solutionibus*, 46, 3. Pomponius, libro 4, *ad Quintum Mucium*: « Prout quidque contractum est, ita et solvi debet »; cfr. i testi citati in Erman, *loc. cit.*, pag. 50. Vedi anche Leist, *Sui reciproci rapporti tra l'atto di costituzione e l'atto di estinzione del diritto* [Ueber die Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsbegründungsund dem Rechtsaufhebungsakte], 1876. Nel diritto antico il debito costituito mediante *nexum* veniva, in conformità di ciò, estinto mediante un atto di pagamento « *per aes et libram* », così pure i cosiddetti debiti esecutivi, immediatamente eseguibili, parificati a quello; le obbligazioni letterali venivano estinte dalle accettilazioni scritte nei registri, i contratti verbali dalle orali. I contratti consensuali, finchè nessuna delle parti avesse ancora eseguito l'adempimento, potevano essere estinti col *contrarius consensus*. Gaius, *Inst.*, III, § 169; § 4, *Inst. quib. mod. obl. tollitur*, 3, 29 [Gai, § 169; cfr. § 1, *Inst.*, rip. sopra n. 5; § 4, *Inst.*, cit.: « Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria « voluntate dissolvuntur. nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum « Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, « id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discede- « retur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione « et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam « dictum est »]. Del resto in conseguenza del diritto pretorio, un *pactum de non petendo* non formale tra debitore e creditore generava nelle obbligazioni di qualsiasi specie una *exceptio*.

(11) La formula trovasi nel fr. 18, § 1, D. *de acceptilatione*, 46, 4; § 2, *Inst. quibus modis obligatio tollitur*, 3, 29 [fr. 18, § 1, cit.: « Eius rei stipulatio, « quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: « ' Quidquid te mihi

L'accettilazione valeva come un « pagamento immaginario » (12). Il debitore perciò, di fronte al suo creditore, veniva trattato come se egli avesse pagato. Ma una parificazione completa del pagamento e della accettilazione non era però possibile (13).

Nel diritto comune la forma dell'accettilazione non venne più praticata, ma fu in parte sostituita dalle quietanze.

Infatti le quietanze nel commercio moderno non sono semplici mezzi di prova di pagamenti ricevuti (14). Esse vengono non meno regolarmente rilasciate in casi di altra sodisfazione del creditore, in particolare anche di una remissione di debito. La quietanza costituisce dunque il riconoscimento del creditore circa la liberazione del debitore (15). A togliere efficacia ad una quietanza non basta di conseguenza la prova, che il debito non sia stato pagato, col deferire caso mai un giuramento su questo punto. Mediante una tale prova il creditore potrà solo allora togliere efficacia alla quietanza, quando sia certo che essa venne da lui rilasciata in vista di un pagamento (16-17).

« ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque « rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio « est eritve, quodve tu meum habes tenes possides : quanti quaeque earum rerum « res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Nume- « rius Negidius '. ' quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit, id habe- « retne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit '. ' Aulus Age- « rius Numerio Negidio acceptum fecit ' ». § 2, I, cit. : « Est prodita stipulatio, « quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium « rerum obligatio in stipulatum deducantur et ea per acceptilationem tollatur. « stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita com- « posita est... »].

(12) Gaio, *Inst.*, III, § 169, chiama l'accettilazione una » *imaginaria solutio* »; cfr. § 1, *Inst. quib. mod. obl. tol.*, 3, 29.

(13) Cfr. su la somiglianza dell'accettilazione al pagamento Erman *loc. cit.*, pag. 67.

(14) In Roma le quietanze — *apochae, securitates* — si consideravano solo come dichiarazioni di ricevuta di pagamenti : fr. 19, § 1, D. *de acceptilatione*, 46, 4, cfr. anche Frese nella *Rivista della fondazione di Savigny*, vol. XVIII, pag. 250 [fr. 19, cit., rip. n. 6]. Secondo una costituzione di Giustiniano, la c. 14 Cod. *de non numerata pecunia*, 4, 30, le quietanze ottenevano forza probatoria, se nello spazio di trenta giorni dal rilascio di esse non venivano impugnate. Ciò è stato abolito dalla legge introduttiva alla legge di proc. civ., § 17 [« La forza obbligatoria di un titolo di debito non è legata al decorso di un termine »].

(15) Baehr, *Il riconoscimento* [Anerkennung], pag. 255; Sentenze del Trib. Imp., pag. 27; Brinz, vol. II, pag. 291, nota 9. Cfr. del resto Arndts, § 267, nota 1 in fine e gli scrittori ivi citati. Un buon prospetto delle diverse opinioni vedi in Dilloo, *La quietanza* [Die Quittung]. Dissertaz. Univ. Berl., 1895.

(16) Analogamente la restituzione del titolo della obbligazione al debitore, come pure la distruzione fatta a bello studio o l'annullamento del documento del debito danno fondamento ad una presunzione della « liberazione », ma non già ad una presunzione di pagamento, o di altro speciale modo di estinzione della obbligazione. Cfr. fr. 24 D. *de probationibus*, 22, 3; c. 14, c. 15, Cod. *de solutionibus*,

I. — *Pagamento, fallimento*, **beneficium competentiae.**

§ 55. — **Il pagamento** (1).

Scopo e normale modo di estinzione delle obbligazioni è l'adempimento di esse, cioè la prestazione del dovuto.

La designazione scientificamente corretta, ma astratta di « adempimento » è poco comune nella vita. Nei debiti di danaro in particolare si suol parlare di « pagamenti » (2). Non si può fare a meno di adoperare nella esposizione anche questa espressione più popolare, in luogo di quella tecnica « adempimento ».

L'adempimento riguarda il debitore. Non di rado egli può unilateralmente effettuarlo, per es., quando intraprenda un negozio di cui sia stato incaricato. Ma il più delle volte vi è bisogno, per l'esecuzione di esso, dell'accettazione, cioè della cooperazione del creditore.

Per l'esatto adempimento occorre:

1. La prestazione dell'oggetto del debito allo scopo della estinzione di questo (3).

8, 42 [fr. 24, cit.: « Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumptione « debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis pro- « bationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur »; c. 14, cit.: « Pecuniae solutae professio collata instrumento maiorem gestae rei « probationem continet, quam si chirographum acceptae mutuae pecuniae fuisset « redditum »; c. 15, cit.: « Quod debitori tuo chirographum redditum contra « voluntatem tuam adseveres, nihil de iure tuo deminutum est. quibuscumque « itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti eum per huius- « modi factum liberationem minime consecutum iudex ad solutionem iure debiti « compellet »]. Vedi anche Trib. Imp., vol. XIV, pag. 242.

(17) La quietanza prova di regola la estinzione dell'obbligazione solo quando essa sia stata consegnata nelle mani del debitore. Ma il debitore che l'ha in suo potere non deve egli pel primo dimostrare tale consegna; spetta piuttosto al creditore di provare che la quietanza, senza la sua volontè pervenne al debitore, quando egli ciò asserisca. Ciò infatti non può supporsi secondo il normale corso delle cose.

(1) Tit. Dig. *de solutionibus et liberationibus*, 46, 3; Cod., 8, 42. Cfr. Gruchot, *La teoria del pagamento del debito di danaro* [Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld], 1871; Römer, *Contributi alla teoria dell'adempimento delle obbligazioni* [Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligationen], pubblicazione festiva pel quarto centenario della Università di Tubinga, del Römer e del Meibom, 1877; Cohn, nel *Manuale dell'*Endemann, vol. III, pag. 998, pag. 1003; Unger, nella *Rivista di* Grünhut, vol. XV, pag. 529.

(2) Il pagamento (numerazione di moneta) può aver luogo per iscopi assai diversi; qui trattasi del pagamento che estingue l'obbligazione; Unger, *loc. cit.*, p. 532.

(3) Il debitore, il quale per la sua liberazione allega un eseguito pagamento di danaro, deve all'uopo provare non solo il pagamento, ma pure che esso avvenne allo scopo della estinzione del debito. Trib. Imp. Comm., vol. XVIII, pag. 260.

Cosa diversa da quella dovuta non è costretto il creditore ad accettare (4). Perciò non si può estinguere un debito non di danaro, mediante l'offerta del suo valore pecuniario, se il creditore non si dichiari volontariamente per l'accettazione.

Se è dovuta una cosa, non basta la semplice consegna di essa; il creditore può anzi di regola reclamare ancora la libera ed irrevocabile proprietà di essa, ed in mancanza di ciò ha diritto ai danni contro il debitore (5).

---

(4) Fr. 2, § 1 D. *de rebus creditis*, 12, 1 « aliud pro alio invito creditori solvi non potest ».

(5) Fr. 45, § 1, D. *de legatis*, I; fr. 27, D. *h. t.*, 46, 3; fr. 20, fr. 38, § 3, fr. 98, D. *eod.* [Fr. 45, § 1 cit.: « Heres generaliter dare damnatus sanum eum « esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, « quia ita dare debet, ut eum habere liceat: sanitas autem servi ad proprietatem « eius nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, « evenit, quo minus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est « fundus, accipere possit, ut eum habere domino non liceat »; fr. 27 citato: « Etiam circa stipulationem et ex testamento actionem si res tradita fuerit quae « debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est: « ut puta possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis « supererit »; fr. 20 cit.: « Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obli- « gata, debitam tibi solvero, non liberabor, quia avocari tibi res possit ab eo, qui « pignori accepisset »; fr. 38, § 3 cit.: « Qui hominem promissit si statu liberum « solvat, magis puto non esse espectandam condicionem: sed et creditorem agere « posse et illi condictionem competere. quod si interim condicio defecerit, liberatur, « perinde atque si quis pendente condicione solvit per errorem et antequam con- « diceret, condicio exstiterit. illud nullo modo dici conveniet, si mortuo Sticho « condicio deficiat, liberari debitorem, quamvis, si vivente eo defecerit, liberaretur, « quando isto casu nullo tempore perfecte hominem meum feceris: alioquin prope « erit, ut etiam, si eum servum, in quo usus fructus alienus est, mihi solveris « isque usu fructu manente decesserit, ea solutione liberatus videaris: quod nullo « modo probandum est, sicuti si communem solvisses isque decessisset »; fr. 98 pr. cit.: « Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia « sua dotem promittendo obligavit et solvit. si ea res a creditore evicta est, di- « cendum est maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statuliberum remve « sub condicione legatam dotis nomine pro filia pater solvisset: harum enim « rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit « remanere eas »]. S'insegna per lo più, che il creditore, nelle obbligazioni generiche, se non gli viene procurata la proprietà o la libera proprietà, possa chiedere la prestazione di un'altra cosa; però il Windscheid, vol. II, § 342, nota 6*a*, aggiunge, che egli può pretendere anche la prestazione dell'interesse che aveva al conseguimento della proprietà sulla cosa consegnata. Secondo la nostra opinione, noi dobbiamo andare ancora più oltre. Se la prestazione ha luogo e viene accettata, non si può agire per una nuova prestazione. Essa è avvenuta una volta per tutte. Veramente il debitore non è liberato: formalmente in Roma l'azione doveva pur sempre dirigersi ad un « *dare oportere* ». Ma essa materialmente è diretta oramai al risarcimento in danaro, per la insufficiente prestazione. I ffr. 38, § 3, 72, § 5, D. *h. t.*, 46, 3; 29, § 3, D. *de legatis*, III, si accordano perfettamente con ciò.

Ma non è necessario, che il creditore riceva col pagamento immediatamente la proprietà della cosa. Basta anzi che essa gli sia procurata in conseguenza di quello. Perciò il debitore, che ha pagato col danaro di un terzo, è liberato, nel caso che il creditore, che ciò ignorava, abbia mescolato quel danaro col proprio. Questi infatti ha ormai irrevocabilmente il danaro in conseguenza del pagamento (6).

Il debitore è autorizzato a prestazioni parziali solo se ciò siasi convenuto, altrimenti il creditore può rifiutarle (7). Ma in alcuni casi particolari esse sono permesse (8).

[Fr. 72, § 5 cit.: « Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex causa fidei- « commissi praestanda est, solvit: non videtur liberatus: nam vel minus hic servum « dedit quam ille, qui servum dedit nondum noxa solutum. num ergo et si vis- « pellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? et sane datum negare « non possumus et differt haec species a prioribus: habet enim servum, qui ei « auferri non possit ». fr. 29, § 3 cit.: « Si heres tibi servo generaliter legato « Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere « Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non « possis: et hoc verum puto. sed hoc amplius ait debere te, priusquam iudicium « accipiatur, denuntiare heredi: nam si aliter feceris, agenti ex testamento oppo- « netur tibi doli mali exeptio »].

(6) Fr. 19, § 1, D. *de rebus creditis*, 12, 1; fr. 14, § 8; fr. 17, D. *h. t.*, 46, 3; fr. 60, D. *eod.*. [Fr. 19, § 1 cit.: « Si pupillus sine tutoris auctoritate cre- « diderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictione habet vel « liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acce- « perit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in « solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea « et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum « habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi « causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solu- « tum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit »; fr. 14 cit.: « Pupillum sine tutoris « auctoritate nec solvere posse palam est: sed si dederit nummos non fient acci- « pientis vindicarique poterunt. plane si fuerint consumpti, liberabitur »; fr. 17 « cit.: « Cassius ait, si cui pecuniam dedi, ut eam creditori meo solveret, si suo « nomine dederit, neutrum liberari, me, quia non meo nomine data sit, illum, « quia alienam dederit: ceterum mandati eum teneri. sed si creditor eos nummos « sine dolo malo consumpsisset, is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur, ne, « si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur »; fr. 60 cit.: « Is, qui alie- « num hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur »].

(7) Fr. 41, § 1, D. *de usuris*, 22, 1. Modestinus, libro 3, *responsorum*: « Lucius « Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam « quam debebat, obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras « praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data « est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius « debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, « debitor, qui in exsolutione totius cessabat solam partem deposuit ». Lo stesso vale per i debiti non di danaro, quale, per esempio, la consegna di merci comperate. Sul principio fondamentale cfr. del resto Brinz, vol. II, pag. 290, nota 31. Fa eccezione il fr. 21 D. *de rebus creditis*, 12, 1. Iulianus, libro 48, *dige-*

2. Di regola non solo il debitore, ma chiunque è capace di assumere l'adempimento e di estinguere il debito (9-10). Spesso i terzi pagano per mandato del debitore (11). Ma anche senza scienza di lui,

---

storum: « Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum « quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, « partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus « videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum « ad officium eius pertineat lites deminuere ». Il pretore doveva dunque per equità negare l'azione per l'intero e concedere solo un'azione per la parte controversa del credito. Poichè oggi non si ha più una particolare concessione o negazione dell'azione da parte dell'autorità giudiziaria, tale disposto è inapplicabile. Molti ora considerano senz'altro il creditore come vincolato di diritto all'accettazione di un pagamento parziale, quando il debitore, citato per l'intero, riconosce in parte il suo debito, ed in parte lo contesta. MOMMSEN, *Contributi*, vol. III, pag. 148; SEUFFERT, *Arch.*, vol. XXXXVI, n. 176. Nondimeno questo è un principio assai diverso dal romano, e privo d'intrinseca giustificazione. Il Cod. civ. germ., § 266, dispone: « Il debitore non è autorizzato a prestazioni parziali ».

(8) Parecchi fideiussori, in conseguenza del *beneficium divisionis*, sono autorizzati a pagare ciascuno una parte del debito. Inoltre nel fallimento del debitore, i creditori concorrenti di lui devono accettare pagamenti parziali. Infine, secondo l'art. 38 della legge cambiaria, l'accettante di una cambiale è abilitato a dei pagamenti parziali. Però tali pagamenti parziali hanno la piena efficacia del pagamento soltanto dopo il pagamento del residuo. Cfr. su di ciò GOLDSCHMIDT, negli *Annali di* IHERING, vol. XXVI, pag. 379.

(9) OERTMANN, *Il pagamento di debiti altrui,* [Die Zahlung fremder Schulden] nell'*Archivio per la part. civ.*, vol. LXXXIII, pag. 367; Cod. civ. germ., § 267.

(10) Naturalmente l'estinzione del debito non si verifica, quando il terzo abbia un diritto alla ripetizione di ciò che ha pagato: in particolare dunque allora quando egli abbia pagato nell'erronea credenza di essere il debitore: fr. 38, § 2, D. *h. t.*, 46, 3; cfr. fr. 31, § 1, D. *de her. pet.*, 5, 3. [Fr. 38 cit.: « de peculio « cum domino actum est: is damnatus solvit. et fideiussores pro servo acceptos « liberari respondit: eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse argu« mentum esse, quod, cum iudicatum solvi satisdatum est et damnatus reus « solvat, non solum actione iudicati, sed etiam ex stipulatu et ipse et fideiussores « liberentur. et magis simile esse, quod, cum possessor hereditatis existimans se « heredem esse solverit, heres non liberetur: tunc enim propterea id evenire, « quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet »; fr. 31 cit.: « Sed si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit: « maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur. quid tamen si expediebat « petitori id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam causam? potest « dici ipsum sibi vel solvisse vel debuisse solvere »]. FRANKE, *Commentario al « titolo* 'De hereditatis petitione', pag. 322; WINDSCHEID, vol. II, § 342, nota 22; RUHSTRAT, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. LXVII, pag. 417; OERTMANN, *loc. cit.*, pag. 457.

(11) Spesso il creditore accetta dal debitore assegni o cambiali a scopo di pagamento; cioè allo scopo della riscossione dell'ammontare del debito da un terzo. Con ciò egli si obbliga tacitamente alla diligente e sollecita riscossione dell'importo del debito, e rinunzia ad esigere dal debitore stesso il pagamento, prima che abbia fatto il tentativo di conseguirlo dal terzo. Il debitore all'incontro presta ga-

anzi persino contro la sua volontà, essi possono estinguere il suo debito (12).

Il creditore può insistere sull'adempimento personale da parte del debitore, se l'oggetto dell'obbligazione è costituito da atti, nei quali ha principal peso la personalità di chi deve prestarli, secondo le particolari disposizioni del contratto, o le generali vedute dei rapporti sociali, per es., l'esecuzione di un ritratto, l'impartire un insegnamento, i servigi domestici (13).

3. L'adempimento deve avvenire verso del creditore (14). Però egli è personalmente autorizzato all'accettazione, solo se è capace di alienare (15). Il credito non deve inoltre trovarsi gravato di sequestro di fronte a lui.

---

ranzia, che il creditore per tal via verrà sodisfatto, ed è tenuto pel danno, che a lui deriva in conseguenza dell'inutile tentativo. Particolare importanza ha ottenuto nel commercio moderno lo *chèque*, che è l'assegno su un credito dell'assegnante presso un banchiere, nella forma particolare dello *chèque*. Lo *chèque* serve precipuamente all'estinzione di debiti, ma può anche effettuare l'esazione di somme di danaro, per qualsiasi altro scopo. Cfr. anche più sotto, § 119, nota 13.

(12) Fr. 38, D. *de negotiis gestis*, 3, 5; Gaius, lib. 3, *de verb. obl.*: « Sol- « vendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum »; fr. 23, fr. 40, fr. 53, D. *h. t.*, 46, 3, cfr. del resto più sopra, § 43, nota 6. [Fr. 23 cit.: « Solu- « tione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus »; fr. 40 cit.: « Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adqui- « ritur mihi actio pigneraticia. item si quis solverit legata, debent discedere lega- « tarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere « possit »; fr. 53 cit.: « Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit « iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem « facere »].

(13) Secondo il Cod. civ. germ., § 287, capov. 2°, il creditore può rifiutare la prestazione del terzo anche quando il debitore si oppone ad essa.

(14) Cod. civ. germ., § 362. Chi per errore scusabile considera come il suo creditore chi non sia tale e in conseguenza di ciò paga a lui, non viene liberato dal suo debito. Ciò non può essere opposto al vero creditore. Però riguardo alle cosiddette carte di legittimazione si conviene, che al debitore sia lecito pagare alla presentazione di esse, senza esser tenuto all'esame di tale legittimazione. Codice civ. germ., § 808: [« Se viene rilasciato un documento, nel quale sia nominato il creditore, con la indicazione che la prestazione promessa nel documento possa effettuarsi verso ogni possessore, il debitore è liberato mediante la prestazione al possessore. Il creditore non è autorizzato a reclamare la prestazione. — Il debitore è tenuto alla prestazione solo contro consegna del documento. Se questo siasi smarrito o distrutto, deve, quando non sia diversamente stabilito, esser dichiarato nullo, col procedimento dei pubblici avvisi... »].

(15) Quando il creditore, per effetto di un pagamento fattogli durante la sua incapacità di alienare, resta arricchito ancora al tempo in cui viene intentata l'azione, colui che paga è protetto dalla *exceptio doli*; fr. 4, § 4, D. *de doli mali exceptione*, 44, 4; fr. 66, D. *h. t.*, 46, 3 [fr. 4, § 4 cit.: « Si quis pupillo solverit « sine tutoris auctoritate id quod debuit exque ea solutione locupletior factus sit

In luogo del creditore sono autorizzati alla accettazione del pagamento (16):

a) I procuratori (o cosiddetti mandatari d'incasso), ed i legali rappresentanti del creditore (17);

« pupillus, rectissime dicitur exceptionem petentibus nocere. nam et si mutuam « acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse « exceptionem. idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur: « nam si facti sint locupletiores, exceptio locum habebit »; fr. 66 cit.: « Si pupilli « debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, « pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione « se tueri potest. si autem venditor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, « qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius ius « contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est utpote debito liberatus, « utili actione tenebitur »].

(16) Se l'oggetto del pagamento, che venne prestato ad uno che non aveva legittima qualità di accettare il pagamento, perviene posteriormente al creditore, il debitore è liberato: fr. 61, D. *h. t.*, 46, 3. PAULUS, libro 5, *ad Plautium*: « In perpetuum quotiens tibi, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit « nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio »; cfr. fr. 28, D. *h. t.*, 46, 3: [« Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia « in rem pupilli pervenit »]. Così il debito si considera come estinto, se chi riceve il pagamento diviene in seguito creditore: fr. 96, § 4, *h. t.*; come pure se il creditore diviene suo erede: fr. 11, § 5, D. *de pigneraticia actione*, 13, 7 [fr. 96 cit.: « Cum institutus deliberaret, substituto pecunia per errorem soluta est: ad eum « hereditate postea devoluta causa condictionis evanescit: quae ratio facit, ut « obligatio debiti solvatur »; fr. 11, § 5 cit.: « Solutam autem pecuniam acci- « piendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate « eius, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis « praeposito »]. Cfr. Cod. civ. germ., § 185: [« Una disposizione, presa da una persona non autorizzata su di un oggetto, è efficace, quando abbia luogo con l'assenso della persona autorizzata. — La disposizione diviene efficace, quando la persona autorizzata la ratifichi, o quando chi dispose dell' oggetto lo acquisti od erediti dalla persona autorizzata, e questa fosse illimitatamente responsabile per le obbligazioni successorie. Nei due ultimi casi, se sull'oggetto siano state prese parecchie disposizioni che non si accordino insieme, è efficace soltanto la prima »]. È controverso, se il debitore divenga liberato, mediante il pagamento fatto al creditore del suo creditore; cfr. fr. 6, D. *de doli mali exceptione*, 44, 4; MÜLLER, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. XV, n. 12; VANGEROW, vol. III, § 582, nota 1, e gli scrittori ivi citati. Secondo l'opinione esatta non si verifica una immediata liberazione, ma solo una liberazione mediata, per via della compensazione, nel caso che derivi al debitore un' *actio negotiorum gestorum* od altra azione, contro del suo creditore, a causa del pagamento fatto al creditore di questo: [fr. 6 cit.: « Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, « exceptione doli mali creditor removebitur. idem est et si creditori eius nume- « ratam pecuniam ratam creditor non habeat »]. Sul fr. 11, § 5, D. *de pigneraticia actione*, 13, 7, cfr. DERNBURG, *Diritto di pegno* [Pfandrecht], vol. I, pag. 306.

(17) Fr. 12 pr. D. *h. t.*, 46, 3: [« Vero procuratori recte solvitur. verum « autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium « negotiorum administratio mandata est »]. La questione: chi sia autorizzato

b) Il destinatario del pagamento designato nel contratto, *solutionis causa adiectus*, al quale il debitore ha il diritto contrattuale di

---

all'accettazione del pagamento, ha grande importanza per il commercio. Secondo il Cod. civ. germ., § 370, il porgitore di una quietanza si considera come autorizzato a ricevere la prestazione, finchè delle circostanze note a chi presta non si oppongano a far ritenere una tale autorizzazione. Il Cod. comm. stabilisce delle altre presunzioni. Chi è preposto in un negozio o in un magazzino di merci aperto al pubblico, si considera come autorizzato alle riscossioni, che ivi ordinariamente avvengono: § 56. I commessi viaggiatori al servizio di un commerciante possono riscuotere i prezzi delle vendite da loro conchiuse: § 55. Gli agenti commerciali all'incontro non sono autorizzati senz'altro all'accettazione di pagamenti per conto del loro principale: § 86. Alla procura è parificata la ratifica, nel caso che taluno sfornito di procura avesse accettato un pagamento. Il mandatario d'incasso acquista direttamente al creditore la proprietà delle somme incassate, e commette dunque malversazione se le inverte in proprio vantaggio. Nondimeno egli, secondo il contratto o secondo gli usi, può riguardarsi anche come semplice debitore di somme: Unger, *loc. cit.*, pag. 534. — Chi paga al precedente procuratore senza sapere che la sua procura sia già estinta, viene liberato: fr. 12, § 2; fr. 18; fr. 32; fr. 34, § 3; fr. 35; fr. 38, § 1; fr. 51, D. *h. t.*, 46, 3. Secondo il Cod. civ. germ. ciò non vale incondizionatamente [fr. 12, § 2 cit.: « Sed et si quis mandaverit, « ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum « accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor »; fr. 18 cit.: « Si quis « servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionsm, si quidem « ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa « peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei pe- « culium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus si intervertendi causa « id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio « pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio « simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione « tenebitur »; fr. 32 cit.: « Si servus peculiari nomine crediderit eique debitor, « cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, libe- « rabitur. idem iuris erit et si manumisso servo debitor pecuniam solverit, cum « ignoraret ei peculium concessum non esse. neque intererit, vivo an mortuo « domino pecunia numerata sit: nam hoc quoque casu debitor liberatur, sicut is, « qui iussus est a creditore pecuniam Titio solvere, quamvis creditor mortuus « fuerit, nihilo minus recte Titio solvit, si modo ignoraverit creditorem mortuum « esse »; fr. 34, § 3 cit.: « Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde « vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei « solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, « intellegitur etiam debitoribus mandare ut procuratori solvant »; fr. 35 cit: « Quod « servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset sive manu- « missus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa intercciderit, ex qua intellegi « possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. Sed et si quis domi- « nicam pecuniam ab eo faeneratur esset, si permissu domini servus negotium « dominicum gessisset, idem iuris est: videtur enim voluntate domini qui cum « servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere »; fr. 38, § 1: « Si « debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor « ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos « acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, man-

pagare (18). Il creditore non può di regola togliergli la facoltà dell'accettazione del pagamento (19). Ma gli è lecito ciò nel caso di tali cangiamenti, che facciano manifestamente apparire esso destinatario come non più meritevole di fiducia (20).

La detta facoltà del destinatario non passa ai suoi eredi (21).

4. Se da parte di un debitore di parecchi debiti della stessa specie, in particolare di parecchi debiti di danaro, vien prestato un pagamento, che non sia sufficiente per tutti, si domanda quale debito rimane estinto? (22). Valgono i seguenti principii (23):

« suros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere « debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condic« tionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: ... »; fr. 51 cit.: « Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur: ex « voluntate enim domini ei solvitur, quam si nescit mutatam, qui solvit liberatur »].

(18) La formula romana era: « *mihi aut Seio dare spondes* »; § 4 I. *de inutilibus stipulationibus*, 3, 19. Poichè difatti non si poteva stipulare per conto di un terzo, Seio non era creditore, ma bensì si considerava come *solutionis causa adiectus*. Cfr. Brandis, nel *Museo Renano per la Giurisprudenza* [Rheinisches Museum für Iurisprudenz], vol. V, n. 11.

(19) Fr. 106, D. *h. t.*, 46, 3: [« Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, « aliud postea permissu meo id contingere. nam cui iure stipulationis recte solvitur, « ei etiam prohibente me recte solvi potest: cui vero alias permisero solvi, ei non « recte solvitur, si, priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei sol« veretur »]. Un avanzo dell'antico concetto, secondo il quale nella *litiscontestatio* si conteneva una novazione della pretesa, era, che se il creditore avesse compiuto la *litis contestatio* col debitore, non era più ammessibile il pagamento all'*adiectus*: fr. 57, § 1, D. *h. t.*, 46, 3; fr. 16 pr. D. *de fideiussoribus*, 46, 1 [fr. 57 cit.: « Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius « Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset »; fr. 16 pr. cit.: « Fideiussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. « quare si servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus « fuerit et fideiussorem ita interrogaverit: ' Titio aut Sempronio id dare spondes? ', « Titius quidem petere a fideiussore poterit, Sempronii vero persona in hoc solum « interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam et ignorante vel invito « Titio possit »].

(20) Fr. 38 pr. D. *h. t.*, 46, 3: [« Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, « magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu « maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem « sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit, non « recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur « ' si in eadem causa maneat ' »].

(21) Fr. 81 pr., D. *h. t.*, 46, 3; fr. 55, D. *de verb, obbl.*, 45, 1. [fr. 81 cit.: « Si stipulatus sim mihi haut Titio dari, si Titius decesserit, heredi eius sol« vere non poteris ». fr. 55 cit.: « Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus est, « soli Titio, non etiam successoribus eius recte solvitur »].

(22) Henrici, negli *Annali di* Ihering, vol. XIV, n. 10 e vol. XXXII, n. 2, Struckmann, ivi, vol. XV, n. 5, Cohn., *loc. cit.*, pag. 1013, Ottone Berner, *Conteggio dei pagamenti* [Verrechnung von Zahlungen]. Diss. Inaug. Univ. di

a) In prima linea decide la destinazione del debitore all'atto del pagamento. Non occorre che sia espressa, e può anzi risultare dalle

---

Gottinga, 1892, ove trovasi anche un prospetto della legislazione straniera. Trib. Imp., vol. XXIX, pag. 110.

(23) C. 1 Cod. *de solutionibus*, 8, 42, ANTONINUS. « In potestate eius est, « qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in « quam causam reddat. quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum « qui accepit. si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod « solvitur, deinde in sortem accepto feretur ». Cfr. inoltre fr. 97, D. *h. t.*, 46, 3, fr. 1, fr. 2 e fr. 3, D. *eod.*, [fr. 97 cit.: « Cum ex pluribus causis debitor « pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius « pecuniae, quae sub infamiae debetur: mox eius, quae poenam continet: tertio « quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habe- « bitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. quod veteres ideo defi- « nierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium « suum gesturum fuisse. si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante « solvetur. si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo « minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel « in totum vel pro parte minuendo videbitur datum ». fr. 1 sqq. cit.: « Quotiens « quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis « dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: « possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. quotiens vero non dicimus, « in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debitum acceptum « ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset solu- « turus quoque debito se exhoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, « quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut « cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere « rem debitoris, ut suam ageret. permittitur ergo creditor constituere, in quod « velit solutum, dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, sed con- « stituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est: fr. 2. dum in re « agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere vel debitori non dare, « si alio nomine exsolutum quis eorum velit: 3. ceterum postea non permittitur. « haec res efficiet ut in duriorem causam semper videatur sibi debere accepto « ferre: ita enim et in suo constitueret nomine. Quod si forte a neutro dictum « sit, in his quidem nominibus, quae diem habuerunt, id videtur solutum, cuius « dies venit »]. Le regole del Cod. civ. germ. — che da ciò si discostano — son contenute nei §§ 366, 367. [§ 366: « Se il debitore è tenuto verso il creditore in forza di parecchi rapporti obbligatorii a prestazioni della stessa specie, e ciò che egli ha prestato non sia sufficiente alla estinzione di tutti i debiti, resta estinto quel debito che egli determina all'atto della prestazione. — Se il debitore non dà alcuna determinazione, viene anzitutto estinto il debito scaduto, tra parecchi debiti scaduti quello che offre al creditore minor sicurezza, tra parecchi ugualmente sicuri, il debito più gravoso pel debitore, tra parecchi ugualmente gravosi il debito più antico, e se tutti di pari data, ogni debito viene estinto proporzionalmente ». § 367: « Se il debitore oltre della prestazione principale deve pagare anche interessi e spese, una prestazione non sufficiente all'estinzione dell'intero debito viene imputata prima alle spese, poi agl' interessi, e per ultimo alla prestazione principale. — Se il debitore dispone una diversa imputazione, il creditore può rifiutare l'accettazione della prestazione »].

circostanze, per es., dalla corrispondenza della somma pagata con uno dei crediti.

La destinazione del debitore è decisiva, se il creditore accetti la somma pagata, quando anche dichiarasse di volerla imputare ad altro (24).

b) In mancanza di una destinazione del debitore, può il creditore proporgli, all'atto del pagamento, una imputazione. Se il debitore non si oppone, essa vale come accettata (25-26).

c) Se nell'atto del pagamento non si venne ad alcuna determinazione, è lecito al creditore di prenderla, ma solo come avrebbe fatto un accurato debitore, che non perda di vista i propri interessi.

Di conseguenza gl'interessi van pagati prima del capitale (27).

---

(24) Il WINDSCHEID, vol. II, § 343, nota 2 *b*, afferma: « Se il creditore all'atto dell'accettazione dichiara di volere accettare la cosa prestata in conto di un altro credito, diverso da quello designato dal debitore, nessuno dei due diritti di credito viene estinto: nè quello designato dal debitore, nè quello dichiarato dal creditore, ed il creditore è tenuto alla restituzione del ricevuto ». Ciò ritengo, insieme con HENRICI, *loc. cit.*, pag. 464 e STRUCKMANN, *loc. cit.*, per inesatto. Infatti il negozio di pagamento parte dal debitore. Egli ha invero bisogno della cooperazione del creditore allo scopo del passaggio di proprietà; ma se questo si compie, il negozio è posto in essere nel senso attribuitogli dal debitore. Così anche il fr. 2, D. *h. t.*, 46, 3 [rip. n. prec.].

(25) Se il debitore all'atto del pagamento non dà alcuna determinazione, questi non è legato a speciali regole di legge. Ciò risulta dalla natura della cosa; infatti il debitore può ancora contraddire, e con ciò opporsi alla imputazione fatta dal creditore. Ma se egli ciò non faccia, allora si ha il consenso su di questa. Tale è anche il concetto della c. 1, Cod. cit. e del fr. 97, D. *h. t.*, 46, 3 [nota 23]; secondo tali testi infatti le disposizioni legali sulla imputazione entrano in vigore solo « *utriusque demonstratione cessante* ». Pur nondimeno s'insegna altrimenti, a tenore del fr. 1, D. *h. t.*, 46, 3. [riportato alla nota 23]. Ma questo testo è corrotto. Le parole intercalate nella proposizione finale: « *dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret* », come mi osserva a ragione UBBELOHDE, sono un glossema aggiunto, oppure una interpolazione maldestra ed inconsiderata. Solo sotto questa ipotesi il fr. 1 ed il fr. 3 citt. acquistano nesso e senso. In ogni caso i chiari responsi degli altri testi sono decisivi. Cfr. EISELE nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, vol. XVIII, pag. 35.

(26) Un caso che qui si appartiene si ha quando il creditore nella quietanza indichi come estinto un determinato debito, ed il debitore accetti tale quietanza senza riserva. Altrimenti, se siavi una sorpresa a danno del debitore.

(27) C. 1, Cod. cit. [n. 23]; fr. 5, § 2, fr. 48, D. *h. t.*, 46, 3. [fr. 5, § 2 cit.: « Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus « creditor pecuniam redigit: si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod sol- « vitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum quam indebi- « tarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto natu- « raliter debebantur. si vero summa usurarum debitarum et non debitarum « non eadem sit, aequaliter ad utrumque causam proficit quod solutum est, non « pro rata, ut verba rescripti ostendunt. sed si forte usurae non sint debitae et

Inoltre il pagamento devesi imputare al debito scaduto, prima che a quello non scaduto (28); poi al debito più gravoso pel debitore che a quello più lieve (29).

Prescindendo da ciò, devesi estinguere il debito più antico a preferenza del più recente.

Quando nulla di tutto ciò venga in questione, i vari debiti devono essere estinti in quote proporzionali alle somme (30).

Se il creditore stesso riscuote il pagamento, egli è pienamente

« quis simpliciter solverit, quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus « cum divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. eidem autem rescripto ita « subicitur: 'Quod generaliter constitum est prius in usuras nummum solutum « accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere « cogitur: et sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt, ita proprio « titulo non numeratae pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur' ». fr. 48 cit.: « Titia cum propter dotem bona mariti possideret, omnia pro domina « egit, reditus exegit et moventia distraxit: quaero, an ea, quae ex re mariti « percepit, in dotem ei reputari debeant. Marcellus respondit reputationem eius « quod proponeretur non iniquam videri: pro soluto enim magis habendum est, « quod ex ea causa mulier percepit. sed si forte usurarum quoque rationem « arbiter dotis reciperandae habere debuerit, ita est computandum, ut, prout « quidque ad mulierem pervenit, non ex universa summa decedat, sed prius in « eam quantitatem, quam usurarum nomine mulierem consequi oportebat: quod « non est iniquum »].

(28) Fr. 3, § 1, fr. 103, D. *h. t.*, 46, 3. [fr. 3 cit., rip. n. 23; fr. 103: « Cum ex « pluribus causis debitor pecuniam solvit, Iulianus elegantissime putat ex ea « causa eum solvisse videri debere, ex qua tunc, cum solvebat, compelli poterit « ad solutionem »].

(29) Fr. 97; fr. 4, fr. 5 pr., fr. 94, § 3, D. *h. t.*, 46, 3 [fr. 97, rip. n. 23; fr. 4 cit.: « et magis quod meo nomine, quam quod pro alio fideiussorio nomine « debeo: et potius quod cum poena, quam quod sine poena debetur: et potius « quod satisdato, quam quod sine satisdatione debeo ». fr. 5 cit.: « In his vero, « quae praesenti die debentur, constat, quotiens indistincte quid solvitur, in gra- « viorem causam videri solutum. si autem nulla praegravet, id est si omnia « nomina similia fuerint, in antiquiorem. gravior videtur, quae et sub satisda- « tione videtur, quam ea quae pura est ». fr. 94, § 3 cit.: « Cum Titius « Gaio Seio deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem et tantundem « eidem ex alia causa, quae peti quidemn non poterat, ex solutione autem petitio- « nem non praestat, Titii servus actor absente domino solvit eam summam, quae « efficeret ad quantitatem unius debiti, cautumque est ei solutum ex universo « credito: quaero, id quod solutum est in quam causam acceptum videtur. respondi, « si quidem Titio Seius ita cavisset, ut sibi solutum ex universo credito signi- « ficaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, non « eam, quae petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti pecunia « non potest »].

(30) Fr. 8, D. *h. t.*, 46, 3 [« Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius « ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione « videri solutum »].

libero nella imputazione, e può provvedere ai suoi interessi senza riguardo al debitore (31).

5. Col pagamento si estingue il rapporto obbligatorio. Se il creditore lo ha accettato senza riserva, incombe a lui la prova dell'incompletezza od imperfezione del pagamento, in seguito da lui affermata (32). A richiesta di chi esegue il pagamento può essergli rilasciata contemporaneamente quietanza, naturalmente a sue spese (33). In caso contrario egli può ritenere il pagamento. Se si pagò e non fu data quietanza, il debitore potrà agire per averla (34). Anche il titolo del debito deve essergli restituito (35).

§ 56. — **Concorso dei creditori** (1)

In particolar modo ha luogo la sodisfazione dei crediti nel caso del fallimento del debitore comune.

---

(31) Fr. 101, § 1, D. *h. t.*, 46, 3; cfr. anche fr. 35 pr., D. *de pign. act.*, 13, 7; fr. 5, § 2; fr. 96, § 3, D. *h. t.*, 46, 3. [fr. 101, § 1 cit.: « Paulus « respondit aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distra- « hentis: nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate eius esse commemorare, « in quam causam solveret: cum autem creditor pignus distraheret, licere ei « pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum « debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse ». fr. 35 cit.: « Cum et sortis « nomine et usurarum aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet, « quidquid ex venditione pignorum recipiatur, primum usuris, quas iam tunc « deberi constat, deinde si quid superest sorti accepto ferendum est: nec audiendus « est debitor, si, cum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari « pignus suum malit ». fr. 96, § 3 cit.: « Cum eodem tempore pignora duobus « contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniae cuiusque contractus « creditor accepto facere debet nec in arbitrio eius electio erit, cum debitor pretium « pignoris consortioni subiecerit: quod si temporibus discretis superfluum pignorum « obligari placuit, prius debitum pretio pignorum iure solvetur, secundum superfluo « compensabitur »].

(32) Tale ad esempio il caso di un manco in rotoli di danaro. Concordemente il Cod. civ. germ., § 363.

(33) Cfr. Unger, *loc. cit.*, pag. 539, Cod. civ. germ., §§ 368 369.

(34) Un diritto alla quietanza non si può dimostrare con le fonti del diritto romano; diversamente il Windscheid, vol. II, § 344, nota 8 e gli scrittori ivi citati. Esso è in ogni caso certo per diritto consuetudinario.

(35) C. 2, Cod *de cond. ex lege*, 4, 9 [« Dissolutae quantitatis retentum instru- « mentum inefficax penes creditorem remanere et ideo per condictionem reddi « oportere non est iuris ambigui », Cod. civ. germ , § 371.

(1) Qui possono trovar posto solo i principii più generali del diritto del fallimento. Per la parte speciale rimando al mio *Diritto prussiano* [Preussisches Privatrecht], vol. II, §§ 111 sgg. La fonte principale è oramai la legge tedesca sul fallimento, la quale, insieme con le altre leggi imperiali di giustizia, entrò in vigore il 1° ottobre 1879, e fu pubblicata nel nuovo testo dopo la legge del 17 maggio

Il concorso è un procedimento giudiziale aperto alla massa dei creditori, nel quale essi vengono proporzionalmente sodisfatti col patrimonio del fallito.

Secondo il diritto romano, le cause precipue del fallimento erano la fuga del debitore, per sottrarsi all'azione (*fraudationis causa latitatio*), come pure la cessione del suo patrimonio (*cessio bonorum*) ai suoi creditori, allo scopo del trattamento di esso in via di fallimento, inoltre la morte senza eredi del debitore, ed infine anche la mancata sodisfazione di un giudicato.

Secondo il procedimeuto ordinario del diritto romano antico, i creditori venivano anzitutto immessi nel patrimonio del debitore (*missio in bona*), e dopo la presa di possesso l'intera massa di beni veniva venduta ad un *bonorum emtor*, il quale come prezzo di vendita prometteva ai creditori concorrenti il pagamento di un tanto per cento dei loro crediti. L'accertamento di questi crediti avveniva al di fuori del concorso di fronte al *bonorum emtor*; così pure doveva egli occuparsi della alienazione della massa da lui acquistata (2). Invece della *bonorum*

1898 il 20 maggio 1898. Cfr. Kohler, *Trattato del diritto del fallimento* [Lehrbuch des Konkursrechts], 1891 e gli scrittori ivi citati; L. Seuffert, *Diritto procedurale tedesco del fallimento* [Deutsches Konkursprozessrecht], 1899.

(2) Gai, *Inst.*, III, §§ 77 sgg. ; IV, §§ 145, 146 §§ 78 : [« Videamus autem et de « ea successione quae nobis ex emptione bonorum conpetit. Bona autem veneunt « aut vivorum aut mortuorum. vivorum, veluti eorum qui fraudationis causa lati- « tant, nec absentes defenduntur; item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt; « item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim « edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt « veluti eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores « neque ullum alium iustum successorem existere »; § 79 : « Si quidem vivi bona « veneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero « mortui, per dies XV; postea iubet convenire creditores, et ex numero magi- « strum creari, id est eum per quem bona veneant. itaque si vivi bona veneant, « in diebus X bonorum venditionem fieri iubet, si mortui, in diebus V; die itaque « vivi bona XL, mortui vero XX emptori addici iubet. quare autem tardius viven- « tium bonorum venditio conpleri iubet, illa ratio est, quia de vivis curandum « erat, ne facile bonorum venditiones paterentur »; § 80 : « Neque autem bonorum « possessorum, neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis effi- « ciuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt. « interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, veluti « si peregrinus sit bonorum emptor, nec lex vel senatus consultum concesserit eius « civitati ius, quo quae civibus eius populi a nostris civibus alienantur usuca- « pere possunt »; § 81 : « item quae debita sunt ei cuius fuerint bona, aut ipse « debuit neque bonorum possessores neque bonorum emptores ipso iure debent « aut caeteri eis debent: sed de omnibus rebus utilibus actionibus et experiuntur « et conveniuntur quas in sequenti commentario proponemus »; § 145 : « Bonorum « quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium « vocant »; § 146 : « Item ei qui publica bona emerit, eiusdem condicionis inter-

emtio poteva essere accordata al debitore dalla maggioranza dei creditori la liquidazione del suo patrimonio per mezzo di curatori, i quali lo vendevano al minuto, e dal ricavato sodisfacevano proporzionalmente i creditori. Finalmente la *bonorum emtio* fu del tutto soppiantata da questo procedimento (3).

Secondo il diritto comune, causa del concorso era l'eccessivo carico di debiti del comune debitore; secondo la legge sul fallimento è, di regola, l'insolvenza del medesimo, la quale precipuamente si manifesta nella sospensione dei pagamenti (4).

a) L'eccessivo carico di debiti si ha, quando le passività superano l'attivo del patrimonio.

b) L'insolvenza si verifica quando il debitore non è in grado di pagare in tempo i suoi debiti scaduti, la cui escussione avvenne, o sia imminente.

Anche chi sia sovraccarico di debiti può essere ancora in stato di pagare, se a mo' d'esempio, mediante una più ampia richiesta di credito, possa fare onore alle sue presenti obbligazioni.

La sospensione dei pagamenti è la pubblica dichiarazione della insolvenza. Essa consiste tra l'altro nella chiusura del negozio commerciale per mancanza di mezzi, nel non onorare crediti liquidi e correnti, particolarmente quelli derivanti da cambiali.

Secondo la legge del fallimento le regole più importanti del diritto del fallimento sono le seguenti. Il fallimento viene aperto su proposta di uno dei creditori o del debitore, mediante disposizione giudiziale; con ciò si fa luogo al sequestro, in favore dei creditori, del patrimonio che appartiene al debitore al momento dell'apertura del fallimento; in conseguenza del sequestro medesimo tutte le disposizioni prese dal debitore su questo patrimonio sono nulle, in favore dei creditori con-

---

« dictum proponitur, quod appellatur sectorium quod sectores vocantur qui publice « bona mercantur »]. Dernburg, *Bonorum emptio*, 1850; Keller, *Procedura civile romana* [Röm. Civilprozess], §§ 84, 85; Bethmann-Hollweg, *Procedura civile* [Civilprozess], vol. II, pag. 667.

(3) Tit. Dig. *de curatore bonis dando*, 42. 7 [fr. 2, *h. t.*: « De curatore constituendo hoc iure utimur, ut praetor adeatur isque curatorem curatoresque « constituat ex consensu maioris partis creditorum, vel praeses provinciae, si « bona distrahenda in provincia sunt: Quaeque per eum eosve, qui ita creatus « creative essent, acta facta gestaque sunt, rata habebuntur: eisque actiones et « in eos utiles competunt: et si quem curatores mitterent ad agendum vel defen- « dendum, uti ius esset: nec ab eo satis, neque de rato neque iudicatum solvi, « nomine eius cuius bona veneant exigetur, sed nomine ipsius curatoris qui eum « misit... Nec omnimodo creditorem esse oportet eum, qui curator constituitur, « sed possunt et non creditores... »].

(4) Legge sul fallimento, §§ 102 sgg.

correnti. Nessun creditore concorrente può ancora promuovere una parziale esecuzione contro il patrimonio, od acquistare dei privilegi su di esso (5).

L'amministrazione del patrimonio passa, coll'apertura del fallimento, al curatore di questo (6). Egli deve convertire la massa dei beni in danaro.

Vanno considerate le seguenti categorie di aventi diritto:

a) Gli aventi diritto alla separazione — revindicanti — reclamano dalla massa, con azioni reali o personali, ciò che a loro appartiene, come pure ciò che il debitore comune possedeva in nome loro.

b) Gli aventi diritto alla segregazione — separatisti — perseguono una particolare sodisfazione, per mezzo di quegli oggetti che sono a loro oppignorati, o su cui essi hanno dei diritti analoghi al pegno (7).

c) I creditori della massa vengono sodisfatti a preferenza dalla massa. I crediti della massa sono in parte le spese del procedimento del fallimento e dell'amministrazione — spese della massa — in parte le pretese altrimenti sorte per causa dell'amministrazione — debiti della massa in senso stretto (8).

---

(5) Legge sul fallimento, §§ 6 sgg.

(6) Se il curatore del fallimento debba considerarsi come il rappresentante legale « del fallito » ovvero « dei creditori », ovvero se egli abbia « una legale facoltà di disposizione per gli scopi del concorso », la quale non deve concepirsi come una rappresentanza dei singoli partecipanti, è oggette di controversie; la questione non può qui essere risoluta. Per l'ultima opinione il Trib. Imperiale, vol. XXIX, pag. 29.

(7) Secondo la procedura di fallimento del diritto comune, esistente sino al 1° ottobre 1879, anche i creditori pignoratizi erano costretti a procurarsi il loro sodisfacimento nel fallimento. Si distinguevano in conseguenza di ciò cinque classi di creditori concorrenti: 1° I creditori assolutamente privilegiati, i quali precedevano persino ai diritti di pegno; 2° I creditori pignoratizi privilegiati; 3° I creditori pignoratizi semplici; 4° I creditori chirografari che avevano un diritto di privilegio — *privilegium exigendi* — prima dei creditori chirografari semplici; ed infine 5° I creditori chirografari ordinari, i quali venivano proporzionalmente soddisfatti dalla massa.

(8) Riguardo ai creditori della massa, cfr. Legge sul fallimento, §§ 57 sgg. [§ 57: « Dalla massa del fallimento si devono innanzi tutto pagare le spese della massa e i debiti della massa »; § 58: « Spese della massa sono: 1° Le spese giudiziali pel procedimento comune; 2° Le spese per l'amministrazione, liquidazione o ripartizione della massa; 3° Le sovvenzioni accordate al fallito, ed alla sua famiglia »; § 59: « Debiti della massa sono: 1° Le pretese che sorgono dai negozi o dalle operazioni del curatore; 2° Le pretese derivanti dai contratti bilaterali, il cui adempimento è richiesto per la massa del fallimento; 5° Le pretese derivanti da un illecito arricchimento della massa »; § 60: « Non appena risulti che la massa del fallimento non sia sufficiente pel completo soddisfacimento di tutti i creditori della massa, subentra un proporzionale soddisfacimento di essi in modo

d) I crediti concorrenti infine sono tutte le pretese contro il fallito, le quali possono esser fatte valere nel comune procedimento di fallimento.

Le liberalità del debitore comune, le pene pecuniarie, ed infine gli interessi scaduti dei crediti concorrenti dopo l'apertura del fallimento, sono esclusi dalla sodisfazione dalla massa del fallimento, e non sono quindi crediti concorrenti.

I crediti concorrenti, allo scopo della loro estinzione dalla massa, devono collocarsi come crediti di danaro presenti, anche se essi non non siano ancora scaduti, o siano diretti ad altre prestazioni non di danaro (9).

Essi vengono sodisfatti in proporzione dalla massa mediante i cosiddetti dividendi.

Un privilegio, *privilegium exigendi*, è stabilito pei seguenti crediti concorrenti nell'ordine che segue (10):

1° I crediti arretrati dei salari, pei contratti coi domestici, e di servigi, per l'ultimo anno prima dell'apertura del fallimento.

2° Le imposte dello Stato e comunali dell'ultimo anno.

3° Similmente i tributi alle chiese e a determinate corporazioni pubbliche.

4° Le spese di medicinali dell'ultimo anno.

5° Le pretese dei figli del fallito e del suo pupillo, a causa del patrimonio legalmente sottoposto alla sua amministrazione.

La fine del fallimento avviene mediante la ripartizione finale della massa, o mediante l'accordo col fallito.

§ 57. – Il *beneficium competentiae*.

In certi casi il debitore gode del *beneficium competentiae*, e cioè nella riscossione dei crediti devono a lui essere rilasciati i mezzi per una esistenza limitata, conforme al suo stato (1).

---

che anzitutto debbano pagarsi i debiti della massa, poi le spese dalla massa, e di queste prima le spese effettive, e per ultimo le sovvenzioni concesse al fallito ed alla sua famiglia »].

(9) Legge sul fallimento, § 65. Sul computo dell'*interusurium* nei crediti a termine infruttiferi, vedi più sopra § 35, nota 5.

(10) Vedi Legge sul fallimento, § 61. Dei *privilegia exigenda romani* tratta con profondità il VANGEROW, vol. III, § 594. Sui diritti di privilegio in generale cfr. FERD. KNORR, *La natura e la funzione dei diritti di privilegio* [Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte]. Dissertazione inaugurale Univ. di Erlangen, 1891.

(1) ALTMANN, *Il « beneficium competentiae »*. Diss. Inaug. Univ. di Berlino, 1888; WÜNSCH, *Per la teoria del « beneficium competentiae »* [Zur Lehre vom b. c.], 1897. La denominazione moderna del beneficio « *beneficium competentiae* »,

I. Questo beneficio aveva per iscopo in origine solo la difesa contro l'esecuzione personale. Ciò si rileva dalla designazione romana di esso, come *condemnatio* « *in quantum facere potest debitor* », condanna cioè limitata all'ammontare del patrimonio del debitore. Così pure risulta dalle discussioni dei giuristi romani, che soltanto nell'epoca imperiale, a poco per volta, si permise al debitore anche la ritenuta di mezzi patrimoniali (2).

Ciò avvenne anzitutto a favore del donante, che veniva chiamato in giudizio dal donatario. Da Giustiniano in poi si concesse una tale ritenuta in tutti i casi in cui si concedeva il beneficio (3). Dopo che

---

cioè « *in id quod competi* », vale a dire ciò che ha il debitore, è affatto inelegante. Altre denominazioni però non hanno trovato un generale riconoscimento; UNTERHOLZNER, *Rapporti obbligatori* [Schuldverhältnisse] vol. I, pag. 380, parla di una « *condanna nel procurabile* »; WINDSCHEID, vol. II, § 267, di un « *beneficio del necessario* ».

(2) Che si tratti di due benefici hanno osservato il SCHÖMANN, *Manuale* [Handbuch] II, pag. 63 ed il VANGEROW, vol. I, § 174. Ma non è esatta la loro distinzione tra un *beneficium condemnationis* ed un *beneficium executionis*. Il primo ed originario beneficio sarebbe consistito in ciò, che il debitore veniva condannato solo sino all'ammontare del suo patrimonio al tempo della *condemnatio*, e che per il resto si verificava una piena liberazione; il secondo in ciò, che al debitore beneficiato, anche nell'esecuzione, doveva aversi l'equo riguardo, che dovessero essergli lasciati i mezzi di sussistenza necessari. — Piuttosto è avvenuta una duplice estensione del beneficio, senza alcun intrinseco nesso. L'una sta in ciò, che originariamente il *beneficium* doveva essere riservato nella sentenza, mentre più tardi poteva essere ancora addotto nella procedura di esecuzione; fr. 41, § 2, D. *de re iudicata*, 42, 1; fr. 17, § 2, D. *soluto matrimonio*, 24, 3; fr. 5, pr. D. *quod cum eo*, 14, 5. L'altra estensione del beneficio è, che originariamente al debitore rimaneva solo la libertà personale, mentre egli doveva rilasciare tutto il suo intero patrimonio al creditore, e solo più tardi potè egli ritenere anche i mezzi di sussistenza [fr. 41, § 2, cit.: « In solidum condemnatus donator actione iudicati, « nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis »; fr. 17, § 2, cit.: « Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum « in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tutum « fore »; fr. 5, pr. cit.: « Si filius familias vivo patre conventus et condemnatus « sit, in emancipatum vel exheredatum postea iudicati actio in id quod facere potest « danda est »]. Cfr. più sotto nota 3.

(3) Anzitutto troviamo che POMPONIO — fr. 30, D. *de re iudicata*, 42, 1 — rilascia « *aliquid sufficiens* » al donatore. Lo stesso concetto è sostenuto da PAOLO, libro 6, *ad Plautium*, fr. 19, § 1, D. *eod.*: « Is quoque, qui ex causa donationis « convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto « aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis « potior erit causa. immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et « ipsius ratio habenda est, ne egeat ». Manifestamente nelle due ultime proposizioni — *et... puto* — si tratta di una regola giuridica, la quale non ancora aveva trovato un generale riconoscimento, ed era estranea all'istituto. Cfr. inoltre fr. 6, D. *de cessione bonorum*, 42, 3. Che al tempo dei giuristi classici il beneficio non

l'esecuzione personale è stata interamente abolita, viene ancora in considerazione soltanto questo secondo lato, estraneo in origine all'istituto.

Il *beneficium competentiae* è privilegio di esecuzione (4); esso non diminuisce il debito, ma piuttosto arresta la riscossione di esso, per difendere il debitore dalla indigenza (5). Perciò nel caso di un eventuale pagamento per intero, non si fa luogo ad alcuna ripetizione.

Se il debitore perviene dipoi ad un miglioramento delle sue condizioni, deve completare il pagamento (6).

---

autorizzasse in generale ad una ritenuta di patrimonio, risulta nel modo più chiaro da ciò, che Giustiniano introdusse nelle sue compilazioni la relativa massima per via d'interpolazioni, estendendo a tutti i casi del *beneficium competentiae*, ciò che Paolo aveva espresso semplicemente per la donazione nel fr. 173, pr. D. *de R. I.*, 50, 17 [fr. 30, cit.: « Cum ex causa donationis promissa pecunia est, si dubium « sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quicquam « ei in bonis relictum sit, actio in id quod facere possit danda est, ita ut et « ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur. quod maxime inter liberos et parentes « observandum est »; fr. 6, cit.: « Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid « post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt. unde ergo « modom hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an « vero ex qualitate? et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quae- « siit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta « menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona « eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. idem et « si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum « ei alimentorum nomine satis est »; fr. 173, cit.: « In condemnatione perso- « narum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent « extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant »].

(4) Fr. 8, D. *de condictione indebiti*, 12, 6. Paulus, libro 6, *ad Sabinum*: « Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non « potest: adeo debitum esset (est) mulieri ». In conformità di ciò, per il *beneficium competentiae* è decisivo il diritto territoriale dell'autorità giudiziaria adita, non già il diritto al quale il debito come tale è sottoposto. Diversamente però il Kohler, nella *Rivista di* Grünhut, vol. XIV, pag. 24.

(5) Per lo più si ammette, che il debitore possa ritenere solo lo stretto necessario. Ma i testi citati alla nota 3 gli dànno un diritto più ampio: « *aliquid sufficiens* », « *ne egeat* ».

(6) Fr. 63, D. *pro socio*, 17, 2; c. 8, Cod. *soluto matrimonio*, 5, 18; c. un. Cod. *de rei uxoriae act.*, 5, 13; [fr. 63 cit.: « Verum est quod Sabino videtur, « etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod « facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari opor- « tere... Tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae. « Hoc quoque facere quis posse videtur quod dolo fecit quo minus possit: nec « enim aequum est dolum suum quomquam relevare. quod et in ceteris, qui in « id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est. si tamen non dolo, sed « culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere... »; c. 8 cit.: « Nec maritus, licet post divortium in quantum facere possit con- « demnandus est, post idoneus factus, qui non reddiderat integrum, residuam

Il *beneficium competentiae* può essere opposto all'azîone ed allora deve esserne fatta riserva nella sentenza (7). Ma si può far valere ancora nella procedura di esecuzione (8). La rinunzia ad esso per il futuro è inammessibile (9-10).

« probabiliter solutionem recusat. at cum eius heredes in solidum conveniendos « non ambigitur, ne cum his solvendo factis experiri non possis, superstitiosam « geris sollicitudinem »; c. un. cit.: « ... Cum autem in exactione dotis ex sti- « pulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori ilico « et in solidum fieri iubebat, rei uxoriae autem annua bima trima die in his quae « pondere numero mensura consistunt exactionem pollicebatur, et non in solidum, « sed quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuit substantiam, « in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut, si matrimonium « fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, « in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum « maritali si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponenda, « quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc « restituere procuret »]. In conseguenza però della *consumptio* dell'azione vi era bisogno in Roma di una *cautio — nuda repromissio —*, in forza della quale il debitore, che veniva condannato con la riserva del *beneficium competentiae*, prometteva il pagamento supplettivo, pel caso di un futuro miglioramento delle sue condizioni patrimoniali. Ciò non vale pel diritto comune.

(7) Pel computo del *beneficium competentiae* è decisivo il tempo della sentenza: fr. 15 pr. D. *soluto matrimonio*, 24, 3; fr. 53, D. *eod.* Ciò importa, che il debitore sopporta il rischio, se egli non paga subito ciò che deve, ed il suo patrimonio in seguito diminuisca per caso fortuito [fr. 15 cit.: « Rei iudicatae tempus spe- « ctatur, quatenus maritus facere potest »; fr. 53 cit.: « Si filio familias dos data « est, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio: nec interest, « in peculio rem vel pecuniam dotalem habeat nec ne. sed quatenus facere potest, « hic quoque condemnandus est: intellegitur autem peculio tenus facere posse, « quod habet rei iudicandae tempore. atquin si cum patre agatur, deduceretur ex « peculio, quod patri vel subiectis ei personis filius debet: at si cum ipso filio « agatur, alterius debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit « filius »].

(8) Vedi più sopra nota 2. La legge di procedura civile, § 767, non si riferisce ai privilegi di esecuzione. Diversamente il Windscheid, vol. II, § 268, nota 6ª; Trib. Imp., vol. XXXIII, pag. 378; Fischer, negli *Ann. di* Ihering, vol. XXXIV, pag. 459.

(9) Molti sono di altra opinione. Ma una rinunzia ai privilegi di esecuzione, che vengono stabiliti nell'interesse generale, è in genere inammessibile. La inammissibilità della rinunzia al *beneficium competentiae* è dichiarata per un caso particolare dal fr. 14, § 1, D. *soluto matrimonio*, 24, 3: [« Eleganter quaerit « Pomponius libro quinto decimo ex Sabino, si paciscatur maritus, ne in id quod « facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? et « negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum: namque contra « bonos mores id factum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam « reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet »].

(10) Di fronte alle pretese cagionate da dolo, non si può opporre il *beneficium competentiae*: fr. 4, § 2, D. *quod cum eo*, 14, 5; fr. 52, D. *de re iudicata*, 42, 1; fr. 21, § 6, D. *de actione rerum amotarum*, 25, 2; [fr. 4, § 2 cit.: « Quamquam

II. Secondo il diritto comune avevano il *beneficium competentiae* (11):

1° gli ascendenti contro i loro discendenti;

2° i coniugi reciprocamente;

3° i soldati;

4° i già figli di famiglia, per debiti contratti al tempo della patria potestà, secondo il prudente arbitrio del giudice e non troppo a lungo dopo la fine della potestà stessa (12);

5° i soci di fronte all'*actio pro socio*, secondo il prudente arbitrio del giudice (13);

« autem ex contractu in id quod facere potest actio in eum datur, tamen ex « delictis in solidum convenietur »; fr. 52 cit.: « Si rerum amotarum cum viro « agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam « habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex male contractu et delicto « oritur »; fr. 21 cit.: « Nec viro nec mulieri prodest in hoc iudicio, si facere « non possunt: pendet enim id ex furto »].

(11) I casi principali sono riferiti dai ffr. 16-25, D. *de re iudicata*, 42, 1; cfr. anche § 38, I, *de act.*, 4, 6 [« ... qui pro socio conveniuntur, ... item parens: « patronus patrona liberique eorum et parentes: item maritus de dote in id quod « facere potest convenitur: item miles, qui sub armata militia stipendia meruit: ... is « quoque, qui ex causa donationis convenitur... Non tantum dotis nomine maritus « in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore « iudicio conventus... Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non « ultra facultates damnetur. an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id « quod facere potest, damnandus sit? quod et id aequum esse videtur: sed alio « iure utimur ut et Neratius scribit. Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos « ex promissione petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos « ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnetur, « quam quantum facere potest... Et si fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non « proderit, si persona, pro qua fideiusserit, in quantum facere potest, condemnanda « est. ... Sciendum est heredes earum personarum non in id, quod facere possunt, « sed in integrum teneri »].

(12) Fr. 2, D. *quod cum eo*, 14, 5: [« Ait praetor: ' In eum, qui emancipatus « aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate eius cuius in potestate cum « moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate « esset, sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive « in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res « redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest '. Sed et si « citra emancipationem sui iuris factus sit vel in adoptionem datus, deinde pater « naturalis decesserit, item si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum « est causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest »].

(13) Fr. 22, § 1, D. *de re iudicata*, 42, 1: [« Quod autem de sociis dictum « est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum « praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut « ex doli clausula obligato non succurratur »]. L' editto era emanato solo per i soci *omnium bonorum*: fr. 16, D. *eod.* La *societas omnium bonorum* era in generale la forma di società, per la quale anzitutto il pretore destinava il suo editto,

6° il convenuto a cagione della dote, in numerosi casi;

7° il convenuto in forza di una promessa di donazione (14).

Mentre agli altri aventi diritto il *beneficium competentiae* spetta solo sul loro patrimonio lordo, ad donatore spetta sul suo patrimonio netto, nel senso cioè, che egli dal suo patrimonio attivo, dopo detratti gli altri suoi debiti, possa ritenere quanto è necessario al suo sostentamento.

III. Anche il Codice civile ha riconosciuto in alcuni casi il *beneficium competentiae* (15).

II. — *Surrogati dell'adempimento* (1).

§ 58. — **Prestazione in luogo di pagamento.**

I. Con l'assenso del creditore, il debito può essere adempito con altri valori, in luogo dell'oggetto di esso. Tale è il caso della prestazione in luogo di pagamento, o della cosiddetta *datio in solutum* (2).

---

cfr. LENEL, *Edictum*, pag. 237. Analogamente il *beneficium* veniva accordato anche ad altri soci, secondo le circostanze. Cosa non diversa certo vuol dire il fr. 63 pr. D. *pro socio*, 17, 2 [rip. sopra n. 6]. Cfr. ALTMANN, pag. 31.

(14) Il *beneficium competentiae* spettava in Roma anche al comune debitore, che aveva intrapreso una *cessio bonorum*. Sulla c. ult. Cod. *de revoc. h. q. p. f. a. s.*, 7, 75, si confronti la spiegazione del LENEL, *Edictum*, pag. 348: [« Si actu « sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem « intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, « edicto perpetuo tantum actionem permitti »].

(15) Cfr. particolarmente il § 519, secondo il quale il donatore può rifiutare l'adempimento di una promessa di donazione, in quanto egli non sia in grado di adempirla, senza pregiudizio del suo sostentamento conforme al suo stato, e senza pregiudizio degli obblighi di alimenti, che gli incombono in forza di legge. Cfr. inoltre §§ 529, capov. 2°, 829, 1620 [§ 529: « La pretesa alla restituzione del dono è esclusa, quando il donatore con dolo o negligenza grave ha cagionato la sua povertà, o se al tempo in cui ha principio la sua povertà sono decorsi dieci anni, dalla prestazione dell'oggetto donato. — Lo stesso vale, quando il donatario, tenuto conto delle altre sue obbligazioni, non è in grado di restituire il dono, senza che sia pregiudicato il suo sostentamento conforme al suo stato, o l'adempimento degli obblighi di alimenti che gl'incombono in forza di legge »].

(1) RÖMER, *La prestazione in luogo di pagamento* [Die Leistung an Zahlungsstatt], 1866; COHN, nel *Manuale dell'* ENDEMANN, vol. III, pag. 1075; UNGER, nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XV, pag. 540; R. ERNST, *Qualità difettosa della prestazione in luogo di pagamento* [Mangelhafte Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt], Zurigo, 1890; MAUR. DE COMBES, *De la dation en paiement*, thèse, Toul. 1892. — Il Cod. civ. germ., § 364, parla di « prestazione in luogo di adempimento »].

(2) La prestazione è « in luogo di pagamento », solo quando essa mosse dall'intenzione della estinzione del debito. Diversamente, se il debitore vende al suo

Essa estingue l'obbligazione *ipso iure* come il pagamento. Infatti il creditore è sodisfatto, e con ciò lo scopo dell'obbligazione è raggiunto (3-4).

Ma che, se il creditore per la cosa datagli in pagamento subisca l'evizione, in conseguenza del poziore diritto di un terzo? Si trovano nelle fonti due risposte al riguardo.

Secondo l'una devesi compensare l'accipiente, al modo stesso di un compratore, dell'interesse che egli ha alla conservazione della cosa datagli (5).

---

creditore per convertire in contanti l'oggetto della vendita, e conviene nel tempo stesso col creditore la imputazione del prezzo della vendita al suo debito. In tal caso, se in seguito risulti la inesistenza del debito, il presunto debitore non può *condicere* la cosa venduta, come invece sarebbe il caso in una dazione in pagamento, ma piuttosto può soltanto chiedere il prezzo della vendita. Cfr. Ernst, *l. c.*

(3) Vi era una controversia di scuola tra i Sabiniani, i quali in conseguenza della *datio in solutum* ammettevano l'estinzione *ipso iure*, e i Proculiani, i quali non riconoscevano se non la liberazione per l'*exceptio doli*. Gaii, *Inst.*, III, § 168. [« Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur. unde quaeritur, « si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, « quod nostris praeceptoribus placuit: an ipso iure maneat obligatus, sed adversus « petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus « visum est »]. L'opinione dei Sabiniani ottenne già nell'epoca imperiale pagana la prevalenza — cfr. Römer, *loc. cit.*, pag. 64 — e fu accettata da Giustiniano: pr. I, *quibus modus obligatio tollitur*, 3, 29.

(4) Ciò che si è dato in luogo di pagamento per soddisfacimento di un debito presunto, dev' essere restituito in base alla *condictio indebiti*. Analogamente, quando per l'estinzione di un debito ritenuto maggiore di quanto fosse in realtà, viene data in luogo di pagamento una cosa specifica. Essa può essere ripetuta per intero, però solo contro l'offerta del dovuto: fr. 26, § 4, D. *de condictione indebiti*, 12, 6 [« Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum « solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit, et « centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam « parere liberationem, tamen sit ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta « est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad « comunionem), sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager « autem retinebitur donec debita pecunia solvatur »].

(5) C. 4, Cod. *de evictionibus*, 8, 44. Antoninus: « Si praedium tibi pro soluto « datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. igitur « si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. nam « eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet ». a. 212. Qui non deve interpretarsi che l'evitto possa di nuovo far valere il credito originario. Ciò neppure starebbe in accordo con la parificazione della *datio in solutum* con la vendita. Cfr. fr. 24 pr., D. *de pigneraticia actione*, 13, 7 [« Eleganter apud me quae- « situm est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum « esset, an habeat contrariam pigneraticiam. et videtur finita esse pignoris obli- « gatio et a contractu recessum. immo utilis ex empto accommodata est, quem- « admodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat « vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte « pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur »].

Secondo l'altra, l'originario credito si considera come ancora sussistente nel caso della evizione, e può nuovamente farsi valere contro il debitore, come pure contro i suoi fideiussori e sui pegni (6).

Queste decisioni sono inconciliabili secondo i principii. Infatti l'ultima riposa sul concetto, che l'estinzione dell'antica obbligazione sia condizionata al fatto, che il creditore possa ritenere la cosa data in pagamento; la prima invece parte dal punto di vista che l'antica obbligazione è incondizionatamente estinta, ed ha eventualmente il suo equivalente nella pretesa alla prestazione dell'*id quod interest* a causa della evizione. Ma poichè le due decisioni si trovano l'una accanto all'altra nelle compilazioni giustinianee, le si concilia per lo più con ciò, che si dà al creditore la scelta, di far valere l'una o l'altra pretesa (7).

All'accipiente spettano, similmente che al compratore (8), le pretese per qualità promesse, e pei vizi occulti della cosa.

Secondo il Codice civile germ., il debitore deve dar garanzia pei difetti nel diritto, o della cosa, alla stessa guisa del venditore (9-10).

---

(6) Fr. 46 pr., D. *de solutionibus*, 46, 3. MARCIANUS, libro 3, *regularum*. « Si « quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina « obligatio. etsi pro parte fuerit evicta tamen pro solido obligatio durat: nam « non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret ». Cfr. fr. 60, D. *eod.* [rip., § 55, nota 6]. È facilmente possibile, che nella c. 8, Cod. *de sententiis et interlocutionibus*, 7, 45 — come il BRINZ, vol. II, pag. 336, ritiene — si sia persino avuta dinanzi agli occhi una terza via. [« Libera quidem « Theodota, quam ex emptionis causa vel in solutum creditori traditam proponis, « pronuntiata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest. Verum « si mota quaestione, praemissa denuntiatione ei, qui auctor huius mulieris fuit, « indicatum processit, quanti tua interest, empti, si emisti, vel ob debitum red« dendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis »].

(7) Sui tentativi di rimuovere l'antinomia, cfr. il RÖMER, *loc. cit.*, pag, 387 sgg. L'opinione dominante si riduce ad una conciliazione esteriore poco sodisfacente. L'esatta teoria sta nel concedere all'originario creditore solo una pretesa per evizione. Invero, contro la prestazione fatta in luogo di pagamento, egli definitivamente, non già condizionatamente, si è spogliato del suo credito. Il ripristinamento di rapporti obbligatori, che le parti hanno rimosso senza riserva, non può fondarsi sulla loro volontà, nè è opportuno. Esso porterebbe seco anche il diritto di rivolgersi di nuovo contro i fideiussori e sui pegni, il che non corrisponde punto ai bisogni del commercio. Cfr. DERNBURG, *Diritto di pegno*, vol. II, pag. 247; UNGER, *loc. cit.*, pag. 543.

(8) ERNST, *loc. cit.*

(9) Cod. civ. germ., § 365.

(10) Nella novella 4, cap. 3, Giustiniano introdusse il cosiddetto *beneficium dationis in solutum*. In conformità di esso il debitore insolvente di una somma di danaro, e che non trova compratori accettabili pei suoi fondi, poteva costringere i creditori a prendere in pagamento i suoi fondi secondo il loro valore di stima, restando però al creditore la scelta tra i diversi fondi del debitore. Cfr. *Nov.* 120, cap. 6, § 2. La disposizione aveva perduto ogni valore pratico sin da

§ 59. — **Novazione e delegazione** (1).

I. La novazione è l'estinzione di un credito, mediante la costituzione di un nuovo credito, diretto al medesimo scopo.

Si disputa su di ciò, se la novazione debba concepirsi come una trasformazione o come una nuova creazione di credito. Dal punto di vista economico trattasi di una trasformazione. Il rapporto di credito una volta costituito viene continuato in forma diversa; la partita del debito rimane la stessa. Ma giuridicamente si ha l'estinzione della precedente obbligazione, mediante una nuova, la quale subentra al posto di quella (2-3).

---

quando il creditore poteva, secondo la Legge sul fallimento, chiedere l' apertura del fallimento contro il suo debitore, nel caso della insolvenza di esso, poichè nel fallimento potevano essere alienati anche i beni immobili del debitore per la estinzione dei suoi debiti. Con ciò il creditore sfugge alla *datio in solutum* coatta. Cfr. del resto la Legge introduttiva alla Legge sul fallimento, § 4.

(1) Tit. *Dig. de novationibus et delegationibus*, 46, 2. Cod. 8, 41. Opere principali sono: FEIN, *Contributi alla teoria della novazione e della delegazione* [Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation], 1850; SALPIUS, *Novazione e Delegazione* [N. und D.], 1864; SALKOWSKI, *Per la teoria della novazione* [Zur Lehre von der Novation], 1866; GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879. Vedi anche HRUZA, *La teoria della nov.* [Die L. von der N.], 1881; ivi trovansi delle utili indicazioni bibliografiche; cfr. inoltre KUNTZE, *L'obbligazione*, 1886, pag. 125, UNGER, *loc. cit.*, pag. 554, RODOLFO MERKEL, *Il concetto giuridico romano della* « novatio » [Der römischrechtliche Begriff der n.]. Dissertazione inaug. Univ., Strassburgo, 1892; BLUME, *Novazione, delegazione e trasmissione di debito* [N., D. und Schuldübertragung], 1895. Il Cod. civ. germ. non menziona particolarmente la novazione. Ma cfr. il § 607, capov. 2° e DERNBURG, *Diritto civile*, vol. II, pag. 270 [§ 607 cit., riportato al § 85, nota 2].

(2) Nella definizione della novazione i Romani danno il principal peso alla traslazione. Così il fr. 1 pr., D. *h. t.*, 46, 2. ULPIANUS, libro 46, *ad Sabinum*: « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem trans- « fusio atque translatio ». Cfr. anche i testi citati dal HRUZA, pag. 8, ove si parla di « *transferre* » o di « *transire* ». Nel fatto è momento essenziale della novazione il trattarsi di una continuazione del rapporto obbligatorio una volta costituito. È perciò insufficiente la definizione della novazione, come la « rimozione di un diritto di credito mediante la costituzione di un nuovo », ed è inesatto ciò che insegna il WINDSCHEID, vol. II, § 353, nota 3ª, che il diritto di credito costituito mediante la novazione sia un altro, non solo secondo la forma come si manifesta, ma anche secondo la sua sostanza. Da questo punto di vista dovrebbe aversi anche una novazione, quando al posto di un contratto di locazione succedesse un contratto di vendita riguardo al fondo, o quando un deposito venisse trasformato in un commodato. Eppure tale non è il caso, poichè in siffatte ipotesi si tratta di un rapporto di credito diverso nella sostanza dall'antico.

(3) La novazione è affine alla *datio in solutum* pel fatto che in ambo gli istituti si ha la estinzione di una obbligazione mediante equivalenti, con l'as-

La modificazione può stare in ciò, che la nuova obbligazione è di altra specie che l'antica, particolarmente di più rigorosa forza obbligatoria; per es., nel caso in cui al debito del prezzo della vendita si surroghi un debito stipulato, ed oggi una obbligazione cambiaria. È inoltre possibile, che venga trasformato l'oggetto del debito, mentre il valore si considera come identico, per es., mediante la promessa di danaro in luogo di merci (4); finalmente si potrà trattare di un mutamento dei subietti della obbligazione sia del creditore, che del debitore (5).

II. La novazione mediante il mutamento dei subietti dell'obbligazione si fonda principalmente su di una delegazione (6).

---

senso del creditore. Ma la *datio in solutum* è destinata a sciogliere definitivamente il rapporto di credito, la novazione a continuarlo in forma diversa. Ciò ha delle conseguenze pratiche. Se per es. un debito di giuoco viene estinto mediante una dazione in pagamento, non sussiste più l'annullabilità di esso, come nemmeno nel caso del pagamento. Ma se all'incontro esso viene novato, sia pure mediante cambiale, il nuovo credito rimane annullabile, come derivante dal giuoco. Cfr. anche Merkel, *loc. cit.*, pag. 90 sgg.

(4) Il diritto romano più antico richiedeva per la novazione la piena identità degli oggetti del debito in ambedue le obbligazioni: Gide, *loc. cit.*, pag. 117, Hruza, pag. 9. La giurisprudenza posteriore non si attenne più a ciò così esattamente: fr. 28, D. *h. t.*, 46, 2, c. 10, Cod. *si certum petatur*, 4, 2. [fr. 28 cit.: « Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor: si non « novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio: secunda vero sti- « pulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. itaque si reus promit- « tendi fundnm solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex « prima contestetur. denique meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris « postea fundo praesens aestimatio fundo petito recte consideretur, in altera vero « ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit ». c. 10 cit.: « Eo, « quod a multis proprii debiti singulorum obligationis uno tantum instrumento « probatio continetur, exactio non interpelletur. nam si pro pecunia quam mutuo « dedisti tibi vinum stipulanti qui debuerant spoponderunt, negotii gesti paeni- « tentia contractum habitum recte non constituit irritum »].

(5) Il Windscheid, § 353, nota 6ª, ammette la novazione anche quando la nuova obbligazione non si distingue in « nulla » dalla precedente. Cfr. al contrario Gaii, *Inst.* III, § 177; § 3, *Inst. quibus modis obligatio tollitur*, 3, 29; Salpius, *loc. cit.*, pag. 176; Gide, pag. 81. [Gaii, § 177 cit.: « Sed si eadem « persona sit a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore « stipulatione novi sit, forte si condicio aut dies aut sponsor adiiciatur aut detra- « hatur ». § 3, I. cit.: «... sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita « demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio « aut dies aut fideiussor adiiciatur aut detrahatur »].

(6) Cfr. Eric Danz, *La* delegatio nominis *e* debiti, negli *Annali di* Ihering, vol. XX, n. 3; e *Delegazione di credito e delegazione di debito* [Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung], 1886; vedi inoltre Eisele, nella *Pubblicazione festiva per* Plank, 1887; Unger, negli *Annali di* Ihering, vol. XXVI, n. 8 e Danz, nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. LXXIV, n. 7. Contro il Danz Windscheid, *La prestazione patrimoniale indiretta* [Die indirekte Vermögensleistung], 1892, pag. 24.

Essa è delegazione del credito o del debito (7).

a) Novazione a favore di un nuovo creditore, o la cosiddetta delegazione di credito, delegazione attiva, *delegatio nominis*. Essa avviene nel seguente modo: il precedente creditore (delegante) delega a qualcuno (delegatario) il suo debitore (delegato), e questi in base alla delegazione promette al delegatario ciò che prima doveva al delegante.

Spesso la causa della delegazione è, che il delegante è debitore del delegatario, e compie la delegazione allo scopo dell'estinzione di questo suo debito.

Ma i diritti del delegatario contro il delegato sono indipendenti dal fatto, se la causa, che determinò il delegante alla delegazione, fosse valida, o non, se essa, per es., riposasse sulla erronea ipotesi, che egli fosse debitore del delegatario (8).

All'incontro il delegato di fronte al delegatario si potrà richiamare al fatto, che nulla dovesse al delegante, nel caso che per errore egli avesse promesso al delegatario ciò che doveva al delegante (9).

---

(7) Dell'ultimo caso discorre il fr. 11 pr., D. *h. t.*, Ulpianus, libro 27, *ad edictum*: « Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit ». Goldschmidt, nella *Rivista di Savigny*; Parte romanistica, vol. X, pag. 387, così spiega questo passo: « Si ha la delegazione quando al proprio creditore, o ad un terzo da questi designato, si assegna in vece propria un altro debitore »; infatti allo « *iusserit* » bisogna sottintendere « *creditor* ». Diversamente il Danz, *loc. cit.*, pag. 256. In ogni modo è un pensiero fin troppo ardito del Goldschmidt di voler trovare già nel diritto romano, appoggiandosi a ciò *titoli di credito all'ordine o al portatore con la clausola al portatore alternativa*. Il voler ricavare forzatamente dalle fonti romane siffatte figure del diritto tedesco e moderno, significa disconoscere le proprietà caratteristiche dello spirito romano, ed il progresso nella storia dell'umanità. Cfr. anche Lenel, *Rivista della Fond. di Savigny*; Parte romanistica, vol. XIII, pag. 403.

(8) Fr. 21, § 1, D. *de donationibus*, 39, 5 [« Ut mihi donares, creditori meo « delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit. Sed si debitorem « meum tibi donationis immodice causa promittere iussi, an summoveris donationis « exceptione nec ne, tractabitur. et meus quidem debitor exceptione te agentem « repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam « tibi donaverim et tu illam ei credideris. sed ego, si quidem pecuniae a debitore « meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, « quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi « maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod « modum legis excedit, habeo contra te condictionem »].

(9) Si deve col Salpius, *loc. cit.*, distinguere una delegazione qualificata ed una delegazione pura: *a*) Nella delegazione qualificata il delegato promette al delegatario ciò che egli doveva al delegante. La forma di essa si ricava tra l'altro dal fr. 27, D. *h. t.*, 46, 2: « Emptor cum delegante venditore pecuniam ita pro- « mittit: ' quidquid ex vendito dare facere oportet ' ». È ovvio che nel caso della delegazione qualificata il delegato può opporre al delegatario tutte le eccezioni

b) La novazione mediante l'ingresso di un nuovo debitore si suol chiamare espromissione (10).

Essa può avvenire senza notizia, e persino contro la volontà dell'attuale debitore (11). Ma il più delle volte si fonda su di una delegazione di questi (delegazione di debito, delegazione passiva, *delegatio debiti*).

Qui dunque il precedente debitore è il delegante, il creditore è il delegatario, il nuovo debitore il delegato. Il più delle volte il delegato

---

derivanti dall'originario rapporto obbligatorio. Infatti, solo la persona del creditore è mutata, ed il contenuto della obbligazione invece non è toccato in alcuna guisa ; *b*) Una delegazione pura si ha quando il delegato di fronte al delegatario assume un pretto debito di somma, e non promette semplicemente quanto egli doveva al delegante. Se ha luogo una tale delegazione, il che oggigiorno può avvenire quando il delegato, debitore verso il delegante di prezzi di vendita, si obbliga cambiariamente verso il delegatario, il delegato non può opporre contro il delegatario alcuna eccezione derivante dal rapporto obbligatorio contro il delegante. Il Salpius, — con molti altri — partiva dal punto di vista che anche in diritto romano si rinvenissero delle delegazioni pure. Ad esse egli riferisce il fr. 19, D. *h. t.*, 46, 2. Ma il Danz, *loc. cit.*, ha, per buone ragioni, affermato, che in Roma non siano state conosciute le delegazioni pure. Egli riferisce il fr. 19 ad una *delegatio debiti*, e ben a ragione. Indipendente da ciò è la questione, se nel diritto odierno sussistano le « *delegazioni pure* », il che deve essere ritenuto. Contro il Danz, Fritz Caesar, *Delegazioni pure e qualificate* [Reine und titulirte Delegationen], Dissertaz. Univ. di Halle, 1896 [fr. 19, cit. : « Doli exceptio, quae « poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. « idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus « consulto filio familias datur : nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, « qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, « quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit : tanto magis, quod « hic nec solutum repetere potest. diversum est in muliere, quae contra senatum « consultum promisit : nam et in secunda promissione intercessio est. idemque est « in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiam nunc minor est, rursum « circumvenitur : diversum, si iam excessit aetatem viginti quinque annorum, « quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus « et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et « debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur : « et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris »].

(10) I Romani adoperano la espressione *expromissio* in una estensione ancora più ampia ; cfr. Windscheid, § 353, nota 8, ed i testi ivi citati.

(11) Fr. 8, § 5, D. *h. t.*, 46, 2. [« Si ab alio promissam sibi dotem maritus « ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem « placet, si hoc actum est : quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat ? « quod enim ego debeo si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa « hoc fiat : si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, « sed altero solvente alter liberatur. non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, « aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur : liberat autem me is qui « quod debeo, promittit, etiamsi nolim »].

è debitore del delegante, e come tale dev'essere liberato mediante l'assunzione del debito del delegante.

Il delegato, nel caso della delegazione di debito, non può opporre al delegatario nessuna eccezione che derivi dai suoi rapporti contro il delegante (12).

Quelle eccezioni, che spettavano al delegante contro il delegatario, possono essere fatte valere anche dal delegato, quando egli fosse solo subentrato al posto del delegante nel debito di lui, e non già avesse prestato in astratto una promessa di debito incondizionata.

§ 60. — Requisiti ed effetto della novazione.

I. La novazione presuppone:

1° Una prima obbligazione, che deve essere estinta; non è necessario che questa sia fornita di azione, ma basta un'obbligazione naturale (1); anche le obbligazioni infirmabili mediante eccezioni od altrimenti annullabili sono capaci d'esser novate.

2° Una nuova obbligazione (2). Allo scopo della novazione possono servire solo i contratti unilaterali, non quindi, per es., i negozi di vendita.

---

(12) Fr. 19, D. *h. t.*, 46, 2, cfr. più sopra, nota 9 in fine; fr. 4, § 20, D. *de doli mali exceptione*, 44, 4; fr. 12, *h. t.*, 46, 2 [fr. 4, § 20, cit.: « Item « quaeritur, si debitor meus te circumveniebat teque mihi reum dederit egoque « abs te stipulatus fuero, deinde petam, an doli mali exceptio obstet. et magis « est, ut non tibi permittatur de dolo debitoris mei adversus me excipere, cum « non ego te circumvenerim: adversus ipsum autem debitorem meum poteris « experiri »; fr. 12, cit.: « Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione « tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exce- « ptionem videtur... »].

(1) Fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 46, 2. ULPIANUS, libro 46, *ad Sabinum*: « Illud non « interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et « utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae prae- « cessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut « naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit »; fr. 2, D. *eod.* [« Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis « contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obliga- « tionem ex quacumque obligatione, dummodo sciamus novationem ita demum « fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio: ceterum si non hoc agatur, duae « erunt obligationes »].

(2) L'estinzione della precedente obbligazione è dipendente dal fatto, che dalla stipulazione della novazione sorge una nuova obbligazione, e che quindi la nuova obbligazione avuta in mira non sia senz'altro nulla. Ma un'obbligazione naturale è sufficiente, ed inoltre una obbligazione infirmabile mediante un'eccezione perentoria. Cfr. fr. 91, D. *de solutionibus*, 46, 3 [« Si debitor tuus non vult a te libe- « rari et praesens est, non potest invitus a te solvi. PAULUS: immo debitorem

In Roma la novazione avveniva mediante stipulazioni, le quali servivano bene allo scopo della novazione come ad ogni altro (3).

« tuum etiam praesentem etiam invitum liberare ita poteris supponendo, a quo « debitum novandi causa stipuleris: quod etiamsi acceptum non feceris, tamen « statim, quod ad te attinet, res peribit: nam et petentem te doli mali praescriptio « excludet »]. LUDOVICO REDLICH, *Per la teoria della rimozione del debito mediante novazione* [Zur Lehre von der Schuldaufhebung durch Novation]. Diss. Inaug. Univ. di Breslavia, 1893. Dipende dalle circostanze del caso, se e sino a quale punto il creditore, il quale per una tale novazione perde le sue pretese, abbia diritto al risarcimento od alla restituzione. Una obbligazione a termine nova la precedente immediatamente, una obbligazione condizionata solo pel caso che si verifichi la condizione: fr. 8, § 1, D. *h. t.*, 46, 2 [« Legata vel fideicommissa « si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio, si « quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub condicione, non « statim, sed ubi condicio extiterit. nam et alias qui in diem stipulatur, statim « novat, si hoc actum est, cum certum sit diem quandoque venturum: at qui sub « condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio extiterit »]. Pur sempre la precedente obbligazione non può esser fatta valere durante la pendenza della condizione della nuova. Infatti ad essa si oppone l'eccezione dell'essersi convenuto, di lasciare in pendenza la riscossione del credito, sino all'esito della condizione della nuova obbligazione. Così il fr. 36, D. *de rebus creditis*, 12, 1; fr. 80 e fr. 83, D. *de iure dotium*, 23, 3. In conseguenza di ciò l'antica obbligazione è ora simile ad una obbligazione condizionata; essa deve riguardarsi come dipendente dall'evento contrario alla condizione della nuova obbligazione. Essa, per es., nel fallimento del debitore dovrebbe trattarsi come un credito condizionato. Da questo punto di vista parte la questione mossa al giurista GIAVOLENO, nel citato fr. 36, D. *de rebus creditis*, 12, 1: « Cum pendente condicione in eo statu sit « obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spo- « pondisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? ». Più d'uno scrittore esprime ciò troppo recisamente, ed insegna che la precedente obbligazione « divenga » condizionata, invece di dire che essa è « allo stesso livello di una obbligazione condizionata ». Anche ciò è stato elevato a questione, ma una pratica differenza non può trovarsi [fr. 36, cit.: « Pecuniam, quam mihi sine « condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente « condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam « condicionem eam mihi spopondisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus « sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione sti- « pulatus sum, etiam si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem « pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat « (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa « condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipu- « latione deberi possit, ante tempus petere videor »; fr. 80, cit.: « Si debitor « mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam « pecuniam petere neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum ait « Labeo. falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea « causa est »; fr. 83, cit.: « Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non « posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea pro- « missio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est »]. — La precedente obbligazione rimane in piedi nel caso che la condizione venga a mancare, perchè

I contratti del diritto attuale, che si adoperano per la novazione, sono di preferenza gli astratti, segnatamente quindi i negozi di liquidazione di conti, come pure altri contratti di riconoscimento. Non di rado la novazione si riveste anche della forma, che il debitore conservi l'oggetto dovuto a titolo di mutuo, per es., il prezzo della vendita dovuto. Anche le cambiali possono servire alla novazione.

Ha l'obbligazione novante un valore giuridico, se la presupposta precedente obbligazione in realtà non esisteva?

In Roma la stipulazione della novazione si considerava di regola come

---

allora manca l'obbligazione novatrice. Però la intenzione delle parti può anche essere stata, che l'antica obbligazione debba essere per tutti i casi rimossa. In ciò si ha una condizionata remissione del credito — *pactum de non petendo* — che naturalmente va rispettata: fr. 8, § 1, fr. 14 pr., fr. 24, D. *h. t.*, 46, 2; Gai, *Inst.*, III, § 179 [fr. 14, cit, : « Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub « condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio « extiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione « decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio « impletur. unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem « deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat »; fr. 24, cit. : « Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. nec « huic contrarium est, quod si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub con- « dicione, quod mihi Sempronius debet, et pendente condicione Titius decesserit, « quamvis ante aditam hereditatem condicio exstiterit, novatio fieret: hic enim « morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius per- « sonam interim hereditas sustinet ». Gai, § 179, cit. : « Quod autem diximus, « si condicio adiiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus « factam novationem, si condicio extiterit: alioquin, si defecerit, durat prior obli- « gatio. sed videamus, num is qui eo nomine agat doli mali aut pacti conventi « exceptione possit summoveri, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res « peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Servius tamen Sul- « picius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defe- « cerit condicio, ex neutra causa agi posse, et eo modo rem perire. qui conse- « quenter et illud respondit, si quis id quod sibi Lucius Titius deberet, a servo « fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire: quia cum servo agi non « potest. sed in utroque casu alio iure utimur: nec magis his casibus novatio « fit, quam si id quod tu mihi debeas a peregrino, cum quo sponsus communio « non est, *spondes* verbo stipulatus sim »] Cfr. Kniep, *Influenza della novazione condizionata sulla obbligazione originaria* [Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation], 1860; Römer, *La novazione condizionata* [Die bedingte N.], 1863; Ray, *Influenza della novazione condizionata* [Einfluss bedingter N.]. Monaco, 1891;

(3) Nell'epoca antegiustinianea anche il contratto letterale poteva servire alla novazione: Gai, *Inst.* III, § 128 e § 130. [« Litteris obligatio fit veluti nominibus « transscripticiis. fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in per- « sonam, vel a persona in personam. — A persona in personam transscriptio fit, « veluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te « delegaverit mihi »]. D'altra opinione il Gide, *loc. cit.*, pag. 216.

condizionata alla esistenza della precedente obbligazione, che costituiva la sua base (4).

Ciò non vale per i contratti novatori astratti del diritto attuale. Piuttosto essi sono soggetti all'annullabilità, se l'esistenza di una obbligazione più antica al tempo della loro contrattazione, era erroneamente presupposta (5).

3º Si richiede infine l'intenzione di novare (*animus novandi*), cioè di estinguere l'antica obbligazione mediante la costituzione di una nuova.

Questa intenzione non si presume, come invece avveniva sino a Giustiniano, quando si dia vita ad una seconda obbligazione riguardo al medesimo oggetto del debito (6). Essa deve risultare particolarmente

---

(4) Che in Roma l'esistenza della precedente obbligazione fosse di regola condizione per dar vita alla obbligazione novante, mostrano di già i responsi generali dei giureconsulti romani: cfr. ffr. 1, 2, D. *h. t.*, 46, 2. Ma ciò risulta in particolare dalla trattazione che si fa della novazione di obbligazioni condizionate. Infatti si nega che la nuova obbligazione venga in essere, quando manchi la condizione della precedente. Ciò manifestamente, perchè l'antica obbligazione, la quale doveva essere novata, non sussiste in questo caso. I tentativi di più d'uno scrittore, come per es. il Baehr, *Riconoscimento*, pag. 49, ed il Römer, *Novazione condizionata*, pag. 34, d'intendere ciò come un fenomeno affatto isolato, non sono di certo riusciti. Se si considera che in Roma ogni modificazione, anche lieve, della obbligazione richiedeva una novazione, diventa facile a comprendersi, come non si desse valore alla modificazione stessa, dove nulla esisteva, che dovesse esser modificato. Era pur sempre in Roma anche possibile, di costituire la nuova obbligazione nel senso, che essa dovesse essere indipendente dalla esistenza dell'antica. Solo una siffatta intenzione doveva particolarmente risultare manifesta: fr. 21 e fr. 25, D. *de verb. obl.*, 45, 1. [fr. 21 cit.: « Si divortio facto ea, quae « nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum « dumtaxat habeat, ducenta dotis nomine dari stipuletur: Proculus ait, si ducenta « stipuletur quae centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire, « alia autem centum actione de dote deberi. dicendum itaque est, etiamsi nihil sit « in dote, centum tamen venire in stipulationem, sicuti, cum filiae vel matri vel « sorori vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset ». Fr. 23 cit.: « Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post « mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi « dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum »].

(5) La novazione del diritto odierno ha per iscopo di porre il rapporto obbligatorio su di una nuova base. La nuova obbligazione non è perciò dipendente dalla esistenza dell'antica; al più, nella mancanza di questa, essa può essere annullata per errore o dolo o per simili motivi. Ciò è in particolar modo chiaro, quando la novazione avviene in base ad una liquidazione dei conti, ed è del tutto fuori dubbio, se essa viene effettuata mediante assunzione di una obbligazione cambiaria.

(6) Originariamente si verificava in Roma la novazione, senza che si avesse riguardo ad un particolare *animus novandi* delle parti. Era sufficiente che si trattasse della medesima partita patrimoniale. A ragione il Salpius, *loc. cit.*, pag. 131, ed il Gide, pag. 163, espongono come la novazione costituisse una *consumptio* stragiudiziale. Ciò per rendere impossibili le doppie esazioni delle medesime partite

manifesta dal contratto di novazione (7). Altrimenti sussistono due obbligazioni l'una accanto all'altra, dirette al medesimo scopo. Ma non occorre però che l'animo di novare sia dichiarato espressamente (8).

---

patrimoniali. Cfr. fr. 18, D. *de verb. obl.*, 45, 1. POMPONIUS, libro 10, *ad Sabinum*: « Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur ». Perciò ancora GAIO, nelle sue *Istituzioni*, III, § 176, che qui, come così spesso, riproducono l'antica teoria del diritto, nulla conosce dell'*animus novandi*. Solo nell'epoca imperiale si formò la regola, che per la novazione si richiedesse l'intenzione delle parti, diretta alla rimozione dell'antica obbligazione — l'*animus novandi*. Nondimeno questo veniva supposto, quando in ambedue le obbligazioni si trattava del medesimo rapporto obbligatorio. L'antico contrapposto era solo *duplari*, ovvero *fieri novationem*; al presente si era aggiunto come terzo caso possibile *uterque tenetur, sed altero solvente alter liberatur*. Cfr. fr. 8, § 5, D. *h. t.*, 46, 2. Dell'*animus novandi* nell'epoca classica parlano tra gli altri il fr. 31, D. *h. t.*, 46, 2 — VENULEIO — e fr. 2, fr. 8, §§ 1 e 5, fr. 28, fr. 30, D. *eod.*, 46, 2, fr. 58, D. *de verb. obl.*, 45, 1, [fr. 31 cit.: rip. al § 42, nota 3; fr, 28 cit. rip. al § 59, nota 4; fr. 30 cit: « Paulus respondit, si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset « ita, ut a prima obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a « posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse ». Fr. 58 cit.: « Qui « usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi « stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intellegitur, si usus fructus detra- « hatur. et e contrario qui fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est « ei, qui totum stipulatur, deinde partem. sed qui actum stipulatur, deinde iter, « posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, « nihil agit. item si quis fructum, deinde usum stipulatus fuerit, nihil agit. nisi « in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore « obligatione exspirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec « non quinque exigi possunt »]. Vedi anche SALKOWSKI, *loc. cit.*, pag. 224, MERKEL, *loc. cit.*, p. 10 sgg. Concetti opposti sostiene il WINDSCHEID, vol. II, § 354, nota 12.

(7) Giustiniano disponeva nella c. 8, Cod., *h. t.*, 8, 41 pr. « Novationum « nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, « si quis... aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, « nihil penitus priori cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incre- « mentum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obliga- « tionem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. « Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non « verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως dicunt, « causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrin- « secus supervenire ». — Il senso di questa costituzione è controverso in alto grado. Molti richiedono che l'intenzione della novazione sia dichiarata con particolari espressioni, il che certo nella vita pratica avviene solo di rado. Secondo l'opinione esatta Giustiniano voleva solo rimuovere le presunzioni della novazione stabilita dal diritto antico: l'intenzione della novazione dev'essere stata chiara. Tale il pensiero fondamentale della costituzione. Se Giustiniano in alcune locuzioni lo esprime troppo recisamente, non deve a ciò attribuirsi un peso esagerato. Numerose opinioni riguardo alla controversia sono insieme raccolte dal VANGEROW, vol. III, § 619, pag. 367, vedi anche Trib. Imp., vol. XIV, pag. 210.

(8) Sulla novazione mediante cambiale cfr. HELLEMANN, *Le funzioni novatrici del rilascio della cambiale* [Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung].

II. La novazione estingue *ipso iure* l'obbligazione che le è di base (9).

§ 61. — **Pubblico deposito** (1).

I. Mediante il pubblico deposito dell'oggetto del debito, il debitore può liberarsi, se al pagamento, al quale egli è autorizzato, vengono opposti degli ostacoli da parte del creditore. Questi ostacoli sono specialmente i seguenti:

a) Il creditore non vuole accettare il pagamento, sia colposamente (2), sia per motivi immaginari, ovverò egli non può accettarlo, essendo assente (3), od incapace di alienare e non rappresentato, o perchè il debito venne gravato di sequestro.

1874; RÖMER, *Monografie*, pag. 78. Di regola il debitore consegna al suo creditore cambiali a scopo di pagamento, cfr. più sopra § 55, nota 11. Allora il credito originario si estingue non già con la rimessa della cambiale, ma solo per la riscossione della somma della cambiale. Perciò il creditore può eventualmente ritornare sul credito originario, e particolarmente allora quando non ottenga il soddisfacimento per mezzo della cambiale, senza che però siavi colpa a carico di lui. Cfr. SEUFFERT, *Archivio*, vol. LIV, n. 9. — Una novazione mediante l'assunzione dell'obbligazione cambiaria si verifica, quando la cambiale venne accettata nell'intenzione di un immediato e definito saldo dell'antico debito. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 364, capov. 2°

(9) Nel fr. 10, D. *h. t.*, 46, 2, Paolo esprime la regola: *cui recte solvitur, is etiam novare potest* (Libro 11, *ad Sabinum*). Ma ciò, come egli stesso osserva, non è esatto per il *solutionis causa adiectus*; e tanto meno sta per gli altri, i quali dal creditore furono autorizzati semplicemente alla accettazione del pagamento.

(1) ULRICH, *Il deposito e la derelizione allo scopo della liberazione del debitore* [Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners], 1877; CZYHLARZ, *Deposito giudiziale* [gerichtliche Deposition] nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. VI, pag. 657. Il Cod. civ. germ., § 372 segg., parla di « *Hinterlegung* » [deposito].

(2) Dal caso della mora prende le mosse la c. 19 Cod. *de usuris*, 4, 32, che è la cosiddetta *lex depositionis* [rip. al § 28, nota 8].

(3) Cfr. fr. 47, § 2, D. *de fideicommissariis libertatibus*, 40, 5; fr. 4 pr. D. *de statuliberis*, 40, 7; ULRICH, *loc. cit.*, pag. 14 [fr. 47, § 2 cit.: « Si Sticho « libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, « et his absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur, « ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae « ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronuntiet libertatem ex causa « fideicommissi deberi. haec autem fieri conveniet, si heres ex iuxta causa aberit; « nam si latitabit, satis erit liquere praetori per servum non stare, quo minus « condicioni pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportebit »; fr. 4 cit.: « Cum heres rei publicae causa abesset et pecuniam statuliber haberet: vel « exspectari eum debere, donec redeat is cui dare debet, vel deponere in aedem « pecuniam consignatam oportet, quo subsecuto statim ad libertatem pervenit »].

b) Il creditore è incerto (4), sia che stia in sospeso a chi appartenga il credito, sia che il debitore conservi dei fondati dubbi sulla persona dell'avente diritto (5).

In tali casi il danaro, altri mobili od anche immobili, possono essere depositati o sequestrati (6-7).

---

(4) Fr. 18, § 1, D. *de usuris*, 22, 1; fr. 1, § 36, D. *depositi*, 16, 3; cfr. fr. 11, § 3, D. *locati*, 19, 2 [fr. 18, § 1 cit. riportato al § 29, nota 16; cfr. anche § 97, nota 5; fr. 1, § 36 cit.: « Si pecunia in saeculo signato deposita sit et unus ex « heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum « est. promenda pecunia est vel coram praetore vel intervenientibus honestis per- « sonis et exsolvenda pro parte hereditaria: sed et si resignetur, non contra legem « depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis intervenientibus « hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet « prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) « vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. sed si res sunt, quae dividi non « possunt, omnes debebit tradere satisdatione idonea a petitore ei praestanda in « hoc, quod supra eius partem est: satisdatione autem non interveniente rem in « aedem deponi et omni actione depositarium liberari »; fr. 11, § 3 cit.: « Qui « vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam con- « troversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato « tenetur, ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa con- « ductor careret »].

(5) L'aver considerazione della eccessiva meticolosità del debitore, come nella decisione del Trib. Imp. comm., vol. X, pag. 431, è un rigore contro il creditore, che il Kühne, negli *Ann. di* Ihering, vol. XVII, pag. 1 sgg., a ragione disapprova; cfr. anche Jess, *ivi*, vol. XVII, pag. 153. Ma il Kühne va da sua parte troppo oltre, quando non vuole che si tenga conto di una incertezza semplicemente subbiettiva nel debitore, a cagione della giuridica dubbiezza del caso. Secondo il Cod. civ. germ., § 372, il debitore, oltre il caso della mora d'accettazione del creditore, può depositare, quando egli, per altro motivo fondato nella persona del creditore, o in conseguenza della incertezza sulla persona del creditore, e che non riposi su negligenza, non può, o non possa con sicurezza adempiere la sua obbligazione.

(6) Secondo il Cod. civ. germ., § 372, si può depositare solamente danaro, carte valori, ed altri documenti, come pure oggetti preziosi; però a tenore dell'art. 146 della legge introduttiva, restano salve le leggi territoriali, che vanno più oltre. Sull'incanto delle cose mobili dovute, e sul deposito del ricavato di esso, cfr. Cod. civ. germ., §§ 383 sgg.

(7) Il deposito aveva luogo in Roma « *in publico* », e cioè in templi od in pubblici luoghi di custodia — *horrea* — od anche presso i cambiavalute. Ulrich, *loc. cit.*, pag. 33. In Germania dapprima esso avveniva esclusivamente presso i tribunali; oggi il deposito di danaro ha luogo per lo più presso gli uffici di deposito amministrativi dello Stato. Ivi la proprietà passa allo Stato: sorge un *depositum irregulare*; ma vengono abbonati i cosiddetti interessi di deposito, i quali francamente sono per lo più di scarso ammontare. La legge introduttiva del Codice civile germ., art. 144, 145, mantiene in vigore le relative disposizioni del diritto territoriale.

Il deposito deve farsi all'ufficio dei depositi del distretto, nel quale trovasi il luogo dell'adempimento (8).

II. Il creditore è autorizzato di togliere dall'ufficio dei depositi ciò che è stato depositato a suo favore, se la sua legittima qualità è riconosciuta da chi riguarda (9), ovvero se sia stata stabilita di fronte a questi con giudicato (10).

Finchè il creditore non ha dichiarato la sua volontà, di sodisfarsi col deposito, il debitore è ancora autorizzato a riprenderselo (11). In

---

(8) Cfr. Cod. civ. germ., § 374, capov. 1°: [« Il deposito deve seguire nell'ufficio di deposito del luogo della prestazione; se il debitore deposita presso un altro luogo, deve risarcire al creditore il danno derivatone »].

(9) Basta di regola il riconoscimento del creditore ad opera del debitore. Se il debitore esegue il deposito a causa della mora d'accettazione di uno dei creditori da lui designati all'atto del deposito, egli già per ciò stesso riconosce costui come avente legittima facoltà al ritiro della cosa depositata. Del tutto diverso è il caso in cui il debitore abbia depositato in conformità della Legge di proc. civ., § 75, di fronte a parecchi pretendenti del credito; allora occorre il riconoscimento dei pretendenti concorrenti [§ 75 cit. rip. al § 51, nota 10]. Cfr. Cod. civ. germ., § 380: [« In quanto, secondo le disposizioni che valgono per gli uffici di deposito, per la prova dell'autorizzazione del creditore a ricevere, è necessaria o sufficiente una dichiarazione del debitore riconoscente tale autorizzazione, il creditore può pretendere dal debitore il rilascio della dichiarazione stessa, sotto i medesimi presupposti, pei quali egli sarebbe autorizzato a richiedere la prestazione, se il deposito non avesse avuto luogo »].

(10) La c. 19 Cod. *de usuris*, 4, 32, di Diocleziano e Massimiano stabilisce nel § 4: « Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversum debi« torem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente « pecunias ». Sui diversi modi d'intendere quest' *actio utilis* cfr. Ulrich, *loc. cit.*, pag. 41. L'azione è fondata su di ciò, che il debitore eseguì il deposito in favore del creditore — cfr. sopra § 18 — il che non è inconciliabile col fatto ch'egli abbia al tempo stesso riguardato il proprio interesse.

(11) Il diritto del debitore, di riprendere la somma depositata, quando egli depositi di fronte ad un creditore che non vuole accettarla, è fondato sulla natura stessa della cosa, e viene particolarmente attestato nella c. 19 sopra riportata alla nota 10. Questo diritto di ripresa compete di conseguenza anche alla massa dei creditori del deponente. Secondo il Cod. civ. germ., § 376, capov. 1°, il debitore è per principio autorizzato al ritiro della cosa depositata; vedi ivi le eccezioni al capov. 2°. Però il diritto al ritiro della cosa non è soggetto a pignorazione, e, durante il fallimento del debitore, nè questi, nè la massa dei creditori è autorizzata al ritiro: cfr. § 377. [§ 376 cit.: « Il debitore ha il diritto di ritirare la cosa depositata. — La ripresa è esclusa: 1° Quando il debitore dichiara all'ufficio di deposito che egli rinunzi al diritto alla ripresa; 2° Quando il creditore dichiara all'ufficio di deposito l'accettazione; 3° Quando all'ufficio di deposito viene esibita una sentenza passata in giudicato, pronunciata tra il creditore e il debitore, la quale dichiari valido il deposito »; § 377: « Il diritto alla ripresa non è soggetto a pegnorazione. — Se viene aperto il concorso sul patrimonio del debitore, durante il fallimento non può essere esercitato il diritto alla ripresa neanche dal debitore »].

tale evento, ridiviene efficace contro di lui il credito. Questo era dunque solo arrestato da una *exceptio*, finchè durava il deposito (12).

§ 62. — Compensazione (1). Sviluppo storico.

I. La compensazione è l'estinzione di crediti reciproci mediante compensazione (2).

La compensazione si compie o mediante contratto, quando ambo le parti, liquidati i conti, si dichiarano sodisfatte (3), ovvero mediante dichiarazione unilaterale di una delle parti.

---

(12) La c. 9 Cod. *de solutionibus*, 8, 42, parla di una *liberatio* nel caso della *obsignatio* delle somme dovute. In conseguenza di ciò la maggior parte degli scrittori vogliono attribuire senz'altro al deposito efficacia estintiva. Ma confronta DERNBURG, *Diritto di pegno* [Pfandrecht], vol. II, pag. 581; ULRICH, *loc. cit.*, pag. 64. L'estinzione *ipso iure* è inconciliabile col diritto al ritiro del deposito; e quindi con la espressione liberazione può essersi intesa anche una liberazione per via di eccezione. Cfr. anche Cod. civ. germ., §§ 378, 379 [§ 378: « Se la ripresa della cosa depositata è esclusa, il debitore è liberato per il deposito dalla sua obbligazione nello stesso modo che se egli avesse prestato al creditore al tempo del deposito »; § 379: « Se la ripresa della cosa depositata non è esclusa il debitore può rimandare il creditore alla cosa depositata. — Finchè la cosa è depositata, il creditore sopporta il rischio, e il debitore non è obbligato a pagare interessi, o a prestare risarcimento per utili non ricavati. — Se il debitore ripiglia la cosa depositata, il deposito si considera come non avvenuto »].

(1) Tit. Dig. *de compensationibus*, 16, 2; Cod. 4, 31. BRINZ, *La teoria della compensazione* [Die Lehre von der Kompensation], 1849 e negli *Annali del* BEKKER, vol. I, n. 2, 1857; DERNBURG, *Storia e teoria della compensazione* [Geschichte und Theorie der Kompensation], 1ª ediz. nel 1854, 2ª ediz. nel 1868; vedi ivi, pag. 5 la bibliografia sino al 1868. In seguito comparve SCHWANERT, *La compensazione secondo il diritto romano* [Die K. nach römischem Rechte], 1870, ed EISELE, *La compensazione*, 1876; inoltre STAMPE, *Il procedimento della compensazione nello* « stricti iuris iudicium » *antegiustinianeo* [Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen *s. i. i*]; 1886; LIPPMANN, *Per la teoria della compensazione* [Zur Lehre v. d. K.], negli *Annali di* IHERING, vol. XXXII, n. 4; FRANCESCO LEONHARD, *La compensazione* [Die Aufrehnung], 1896; LIEBKNECHT, *Effettuazione della compensazione e proposta della compensazione secondo il diritto comune* [Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte], Dissertazione Univ. di Würzburg, 1897; OTTONE GEIB, *Teoria della compensazione giudiziale* [Theorie der gerichtlichen K.], 1897; SIBER, *Compensazione* [K. und Aufrechnung], 1899.

(2) MODESTINUS, libro 6, *pandectarum*; fr. 1, D. *h. t.*, 16, 2: « Compensatio est debiti et crediti inter se contributio ».

(3) Sul contratto di compensazione cfr. DERNBURG, *loc. cit.*, § 71; EISELE, pag. 229; RÖMER, *Monografie* [Abhandlungen], pag. 92; SIBER, *loc. cit.*, § 6. I testi principali sono: fr. 4, D. *qui pot.*, 20, 4; fr. 47, § 1, D. *de pactis*, 2, 14 [fr. 4 cit.: « Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud « ob pecuniam creditam alii pignori dedisset et, antequam utrique creditori sol-

La compensazione non è, come spesso si ritiene, una sottospecie del pagamento (4); infatti il creditore non riceve per essa l'oggetto del debito. Ma essa surroga l'effetto del reciproco pagamento. Perciò essa risponde alla utilità ed alla equità (5).

II. Al diritto più antico era invero estranea in generale la compensazione unilaterale (6). Solo in alcuni particolari e importanti

---

« veret debitum, rem aliam priori creditori vendiderat creditumque pensaverit « cum pretio rei venditae, dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori « pecunia soluta esset: nec enim interesse, solverit an pensaverit: et ideo poste- « rioris creditoris causa est potior »; fr. 47, § 1 cit.: « Lucius Titius Gaium « Seium mensularium, cum quo rationem implicitam habebat propter accepta et « data, debitorem sibi constituit et ab eo epistulam accepit in haec verba: ' Ex « ratione mensae, quam mecum habuisti, in hunc diem ex contractibus plurimis « remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octaginta sex et usurae quae « competierint. summam aureorum, quam apud me tacitam habes, refundam tibi. « si quod instrumentum a te emissum, id est scriptum, cuiuscumque summae ex « quacumque causa apud me remansit, vanum et pro cancellato habebitur '. « quaesitum est, cum Lucius Titius ante hoc chirographum Seio nummulario « mandaverat, uti patrono eius trecenta redderet, an propter illa verba epistulae, « quibus omnes cautiones ex quocumque contractu vanae et pro cancellato ut « haberentur cautum est, neque ipse neque filii eius eo nomine conveniri possunt. « respondi, si tantum ratio accepti atque expensi esset computata, ceteras obli- « gationes manere in sua causa »]. Diversamente il LEONHARD, *loc. cit.*, pag. 12, secondo il quale le fonti non conoscono il contratto di compensazione: cfr. però contro di lui LIEBKNECHT, pag. 2. La rimozione dei crediti per il contratto di compensazione è condizionata bilateralmente. Se perciò l'uno dei crediti non esiste o non viene rimosso mediante il contratto di compensazione, perchè manchi al creditore la facoltà di disporre su di esso, continua a sussistere il credito posto di fronte per la compensazione.

(4) Non di rado si definisce la compensazione sulle tracce del NOODT, ad. Dig., *h. t.* — Opera, Tom. II — addirittura come « *mutua solutio iuris interpretatione quasi per brevem manum facta* ». Cfr. al riguardo DERNBURG, *loc. cit.*, § 42.

(5) Fr. 8, pr. D. *de doli mali exceptione*, 44, 4; PAULUS, libro 6, *ad Plautium*: « Dolo facit, qui petit quod redditurus est ».

(6) Sulla storia della compensazione sino a Marco Aurelio cfr. GAIO, *Inst.*, IV, §§ 61 sgg. Intorno a ciò cfr. DERNBURG, *loc. cit.*, § 5; PAUL CHENEVIÈRE, *Histoire de la compensation jusques et y compris le rescrit de Marc-Aurèle*, thèse, Lyon, 1892; APPLETON, *Histoire de la compensation*. 1895; LEONHARD, *loc. cit.*, pag. 9. Intorno ad EISELE, pag. 3 sgg., vedi più giù nota 7 [§§ 61 sgg., citt.: « Con- « pensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur « quam ei debebatur. In bonae fidei enim iudiciis iudex cui libera potestas per- « mitti videtur ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat, hac « in potestate eius continetur, ut habita ratione eius quod invicem actorem ex « eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condem- « nare. Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto, vendito, locato, conducto, « negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae, « commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis « verbis. Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem conpensationis rationem

casi veniva compiuta nella lite una compensazione su di una proposta unilaterale.

a) I banchieri (*argentarii*) ricevevano contro i loro clienti solo azioni « *cum compensatione* », cioè dirette all'eccedenza dei loro crediti sui debiti di questi, derivanti dai negozi con essi conchiusi. L'argentario che non eseguiva il diffalco per intero dell'opposto credito, perdeva la lite ed il diritto.

b) L'*emtor bonorum* nel reclamare in via giudiziaria i crediti che appartenevano alla massa di beni del fallimento da lui acquistata, doveva sottoporsi al diffalco, *deductio*, degli opposti crediti dei creditori concorrenti contro il comune debitore. Ciò senza far differenza se trattavasi di crediti della stessa specie e scaduti, o pur no. I creditori concorrenti non dovevano dunque esser costretti a pagare per intero ciò ch'essi da parte loro dovevano al comune debitore, e ad acconciarsi d'altra parte pei loro crediti contro di lui, alla percentuale promessa dal *bonorum emtor*.

Sin dalla fine della repubblica si ammise, che anche in altri casi fosse in libera facoltà del giudice, di fare effettuare la compensazione. Anzituttto ciò ebbe a verificarsi nei *bonae fidei iudicia*, quando si facevano valere reciproci crediti derivanti dal medesimo negozio; dipoi anche nei *stricti iuris iudicia*, nel caso si allegasse una *exceptio doli*.

« habere ; nec enim aperte formulae verbis praecipitur ; sed quia id bonae fidei « iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur. Alia causa est « illius actionis qua argentarius experitur : nam is cogitur cum conpensatione « agere, et ea conpensatio verbis formulae exprimitur ; adeo quidem, ut ab initio « conpensatione facta minus intendat sibi dari oportere. ecce enim si sestertium « X milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic intendit : sit paret Titium sibi « X milia dare oportere amplius quam ipse Titius debet. Item bonorum emptor cum « deductione agere iubetur ; et non in id quod ei debetur sed in hoc solum adver- « sarius eius condemnetur quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum « emptor defraudatoris nomine debet. Inter conpensationem autem quae argen- « tario opponitur, et deductionem quae obicitur bonorum emptori, illa differentia « est, quod in conpensationem hoc solum vocatur quod eiusdem generis et naturae « est. veluti pecunia cum pecunia conpensatur, triticum cum tritico, vinum cum « vino : adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino, aut triticum « cum tritico conpensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit. in deduc- « tionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis. itaque sive frumentum « sive pecuniam petat bonorum emptor, et invicem frumentum aut vinum is debeat, « deductione rei, quanti id erit, in reliquum experitur. Item vocatur in deductionem « et id quod in diem debetur ; conpensatur autem hoc solum quod praesenti die « debetur. Praeterea conpensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit, « ut si facta conpensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat « et ob id rem perdat. deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus « petenti periculum non intervenit ; utique bonorum emptore agente, qui licet de « certe pecunia agat, incerti tamen condemnatione concipit »].

Era questa una libera facoltà del giudice, della quale egli, secondo le circostanze, poteva far uso o pur no (7).

Ma Marco Aurelio prescrisse che al giudice ***in strictis iudiciis*** incorresse l'obbligo, nel caso venisse opposta una ***exceptio doli***, di dichiarare la compensazione coi crediti opposti dal convenuto (8).

D'allora in poi la compensazione non riposò più su di una « libertà » del giudice, ma su di una « regola di diritto ». Ciò esprime la proverbiale frase che si formò « *ipso iure compensari* » (9).

---

(7) Alla mia esposizione sulla storia della compensazione, pag. 67 sgg., sta di base il pensiero, che la compensazione, a prescindere dai casi speciali dell'*argentarius* e del *bonorum emptor*, riposava originariamente sul libero apprezzamento del giudice privato, talchè essa solo nel corso dell'epoca imperiale classica si configurò in diritto stabile. Questo concetto fondamentale ha dopo d'allora ricevuto una conferma significantissima dalla decifrazione fatta dallo STUDEMUND del § 63, prima solo incompletamente leggibile delle *Istituzioni* di GAIO, IV : « Liberum « est tamen iudici nullam omnino invicem conpensationis rationem habere : nec « enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudiciis conve- « niens videtur, ideo officio eius contineri creditur ». L'EISELE, *loc. cit.*, pag. 144, veramente annunzia : « Che a prescindere dalle compensazioni singolari di fronte all'*argentarius* ed al *bonorum emptor*, la compensazione sia divenuta un istituto giuridico solo sotto Marco Aurelio, e che prima tutto fosse stato riposto nell'arbitrio del giudice, è già originariamente assai inverosimile, e abbastanza confutato dai risultati delle indagini condotte nei primi capitoli ». Sarà bene però di annettere maggior peso al ragguaglio di Gaio sul diritto del suo tempo, che alle indagini dello Eisele. Ma cfr. anche recentemente il LEONHARD, *loc. cit.*, pag. 26.

(8) Il § 30 *Inst. de actionibus*, 4, 6, dopo aver fatto menzione della compensazione nei *bonae fidei iudicia*, continua : « sed et in strictis iudiciis ex rescripto « divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur ». Sin d'allora la compensazione si effettuò anche in *strictis iudiciis*, nella forma, che il giudice imputava i controcrediti alla somma dell'azione ed aggiudicava tanto di meno all'attore : cfr. tra gli altri il fr. 22, pr. D. *de exceptionibus*, 44, 1 e pel rimanente la mia *Compensazione*, §§ 23 sgg. In alcun modo, a mio avviso, vien confutata dall'Eisele la mia esposizione. Nondimeno io non voglio ancora una volta entrare in tale argomento. Piuttosto, particolarmente riguardo alle *Sententiae* di PAOLO, II, 5, § 3, il quale testo ha nell'Eisele una parte principale, rimando allo STAMPE, *loc. cit.*, pag. 74 e specialmente pag. 94. [PAUL, *Sent.*, cit. : « Compen- « satio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur : velut si pecuniam tibi « debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet « ex diverso contractu, compensare vel deducere debes : si totum petas, plus petendo « causa cadis »].

(9) I testi, che contengono l'« *ipso iure compensari* » sono : § 30, I, *de actionibus*, 4, 6 ; fr. 4, fr. 10 pr., fr. 21, D. *de compensationibus*, 16, 2 ; c. 4, c. 14, Cod. *eod.*, 4, 31 [§ 30, cit. : « In bonae fidei autem iudiciis libera potestas per- « mitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. « in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo « compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in « strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compen- « satio inducebatur, sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto

III. L'addurre la compensazione costituisce, secondo il diritto romano, una *exceptio*. Infatti trattasi di un opposto diritto, che compete al convenuto, e la cui realizzazione è condizionata al fatto, che egli da parte sua lo faccia valere (10).

Però molti ammisero che gli opposti crediti, contrapponendosi reciprocamente, senz'altro, cioè *sine facto hominis* e in questo senso *ipso iure*, si distruggessero a vicenda (11). Altri interpretarono, almeno sulle

---

« nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive per- « sonales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid com- « pensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu com- « pensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur »; fr. 4, cit. : « Verum « est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem « ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut « enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure « in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest »; fr. 10, pr., cit. : « Si « ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos « invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta. simili modo « probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam neglegentiam « exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et « ipso iure invicem liberationem »; fr. 21, cit. : « Posteaquam placuit inter omnes « id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis, conve- « niatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus « ab eo petitur »; c. 4, cit. : « Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure « pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque « parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius « apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit »; c. 14, Cod. cit, : « Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla « differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. Ita tamen com- « pensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis « ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. satis enim « miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, « tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam « certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. « hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes « existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint « eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reser- « vent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali com- « ponant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec « compensationi locum esse disposuimus. Possessionem autem alienam perperam « occupantibus compensatio non datur »].

(10) Fr. 2, D. *h. t.*, 16, 2; IULIANUS, libro 90, *Digestorum*: « Unusquisque « creditorem suum eundem debitorem petentem summovet, si paratus est com- « pensare ».

(11) Il glossatore Martino negava che la attività umana fosse necessaria alla rimozione del controcredito. Come la confusione si verifica senz'altro, quando il debitore ed il creditore divengono una sola persona, così ha luogo la rimozione del contro-credito, quando il debitore divenga creditore del suo creditore. Cfr. DERNBURG, *Compensazione*, pag. 284. Vedi anche ivi come la teoria di Martino abbia trovato dei seguaci sino all'epoca recente.

tracce del glossatore Azone, che gli opposti crediti, nel caso fossero stati addotti, già col contrapporsi reciprocamente si estinguessero, e quindi « da sè », ma però solo in seguito ad « una domanda » (12). Nel fatto « *ipso iure compensari* » significa solo che il giudice dichiara la compensazione in virtù della regola giuridica, e non secondo il suo libero apprezzamento (13-14). Frattanto il Codice civile si trova sul punto di vista stesso di Azone. Il reciproco contrapposto quindi di crediti compensabili ha un'efficacia annullatrice, nel caso che ciò si faccia valere da una delle parti (15).

---

(12) L'opinione del glossatore Azone era, che la compensazione dovesse essere allegata da una delle parti, dopo di che essa deve ritenersi come da sè verificatasi con la coesistenza del controcredito. Cfr. Dernburg, *l. c.*, pag. 284. La moderna scienza tedesca sta in fondo, ancora sempre in preponderanza, sul punto di vista di Azone. Vedi Dernburg, *l. c.*, pag. 388, nota 1. Però nelle fonti non si fa parola di un *ipso iure compensari* fittizio. L'assioma giuridico viene espresso in modo incondizionato, e non circoscritto. È arbitrario il trasformarlo in un *ipso iure* fittizio. Dernburg, *l. c.*, pag. 299, Vangerow, vol. III, § 618, nota 1, pag. 361.

(13) Dernburg, *Compensazione*, pag. 310. A queste opinioni si associa il Vangerow, *loc. cit.*, n. 1, pag. 362; cfr. anche Lenel, *Origine ed efficacia delle eccezioni* [Ursprung und Wirkung der Exceptionen], 1876, pag. 139.

(14) Il Brinz, negli *Annali del* Bekker, vol. I, n. 2, spiega il principio *ipso iure compensari*, affermando che i crediti da sè, e cioè *sine facto hominis* « vengono reciprocamente bilanciati », ma non già che i crediti siano già da sè « estinti ». Così egli ottiene il teorema: « quando due crediti si trovano di fronte, subentra da sè il diritto della compensazione ». Analogamente il Liebknecht, *loc. cit.*, pag. 10. Non meno il Windscheid, vol. II, § 349 ritiene che la regola significhi verificarsi di diritto l'eccezione di compensazione, e che non venga solo creata dall'attività del debitore, quando questi si richiami ad essa. Ma ciò accade per ogni eccezione; perchè dunque rilevarlo particolarmente per l'eccezione di compensazione? A ciò veramente replica il Windscheid, « che il movente sta nel fatto, che nella compensazione la determinazione del debitore di farla valere ha una parte assai più importante che nelle altre eccezioni, perchè il far valere l'eccezione costa qualche cosa al debitore, e potrebbe dunque sembrare come se solo dal sacrifizio sopportato dal debitore fosse generata l'eccezione ». Ma ciò difficilmente basterà. Anche in molte altre eccezioni vien rilasciata qualcosa, per es. la pretesa del compratore alla merce, quando egli, di fronte all'azione diretta al prezzo della vendita, si richiama ai vizi della merce ed offre la restituzione di questa. Nondimeno nessuno credè necessario di dire, che questo diritto dell'eccezione sussista di diritto, prima che venga invocato. Che allegando le eccezioni ci si appoggi alla loro esistenza, e che esse non vengano da noi create solo col farle valere, è cosa manifesta. Le diverse opinioni sull'*ipso iure compensari* sono insieme raccolte dal Windscheid, *loc. cit.*, nota 10, Leonhard, *loc. cit.*, pag. 94.

(15) Dernburg, *Diritto civile*, vol. II, parte 1ª, § 127.

§ 63. — **Presuppcsti della compensazione.**

I. Compensabili diventano i crediti sotto i seguenti presupposti:

1° Essi devono essere reciproci, talchè il creditore dell'una è debitore dell'altra obbligazione (1).

2° Solo i crediti giuridicamente validi, e non infirmabili per via di eccezioni perentorie, sono compensabili (2). Le obbligazioni naturali possono bastare (3).

3° Si presuppone anche che gli opposti crediti siano della stessa specie. Perciò sono di preferenza compensabili i crediti di danaro o di altre cose fungibili (4). Se crediti originariamente di specie diversa divengono in seguito della stessa specie, subentra la loro compensabilità (5).

---

(1) C. 9, Cod. *h. t.*, 4, 31, Gordianus: « Eius quod non ei debetur, qui con« venitur, sed alii compensatio fieri non potest ». Analogamente il Cod. civ. germ., § 337. Nel fr. 18, § 1, D. *h. t.*, 16, 2, Papiniano, libro 3, *responsorum*, dichiara: « Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis « creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare ». Però ciò si connetteva con l'incompleto sviluppo della cessione al tempo di Papiniano. Nel diritto comune basta alla cessione dei crediti la volontà diretta della trasmissione in proprietà, e tale volontà deve trovarsi nell' abbandono di essi crediti alla compensazione. Vedi Dernburg, *loc. cit.*, pag. 388 e gli scrittori ivi citati. L' Eisele all' incontro, sul fondamento del responso di Papiniano, rigetta anche la cessione espressa, quando essa ha lo scopo che il cessionario compensi col credito del debitore ceduto, e sostiene che ad essa stia di fronte l'eccezione della simulazione. Ma in questo caso non è punto a parlare di simulazione; una limitazione della cessione in tale cerchia è affatto sconosciuta al diritto. Solo la Legge del fallimento, § 55, n. 3, vieta la compensazione con i controcrediti, che un debitore del fallito acquistò nella scienza della sospensione dei pagamenti, o della domanda dell' apertura del fallimento, presupposto che l' apertura del fallimento avvenne nel lasso di sei mesi dall'acquisto dei crediti.

(2) Fr. 14, D. *h. t.*, 16, 2 [« Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt »]. Cfr. Cod. civ. germ., § 390, periodo 1°: « Un credito, al quale si oppone una eccezione, non può essere compensato ».

(3) Cfr. più sopra § 4, nota 12. Una applicazione trovasi nel fr. 20, § 2, D. *de statu liberis*, 40, 7, riguardante una obbligazione tra lo schiavo e l'erede del suo padrone. [« Quod si heredi dare iussus est decem et eam summam heres « debeat servo: si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber »]. Sul diritto moderno cfr. Dernburg, *loc. cit.*, pag. 472.

(4) Dernburg, pag. 483, Eisele, pag. 315, Cod. civ. germ., § 387. [« Se due persone devono l'una all'altra delle prestazioni, che secondo il loro oggetto sono della stessa specie, ogni parte può compensare il suo credito contro il credito dell'altra parte, non appena essa può reclamare la prestazione dovutale. ed effettuare la prestazione che le incombe »].

(5) Anche le pretese reali divengono, entro questi presupposti, compensabili, c. 14 pr., Cod., *h. t.*, § 30, I, *de actionibus*, 4, 6; Dernburg, *loc. cit.*, pag. 352.

1° Gli opposti crediti devono infine essere scaduti (6).

Dal momento della compensabilità in poi ambo le parti acquistano il diritto alla compensazione, cioè l'eccezione di compensazione.

Vi sono dei casi, in cui i terzi possono far valere l'eccezione di compensazione da altri acquistata, e dei casi, in cui l'eccezione di compensazione può essere opposta ad altre persone che al creditore contro del quale è stata acquistata.

a) Il fideiussore può compensare cogli opposti crediti del debitore principale, poichè egli è autorizzato a far valere le eccezioni che a questo competono (7);

b) Anche il debitore correale può compensare con gli opposti crediti del suo condebitore quando questi sia suo socio, e debba in conseguenza di ciò contribuire alla estinzione del debito correale (8);

c) Il debitore ceduto può infine compensare col credito del cessionario quei crediti, che egli vantava contro il cedente al tempo della denuncia della cessione.

Una teoria più rigorosa vuole ammettere la compensazione solo coi crediti, che al tempo della denunciazione erano già compensabili. Ma il riflesso che il fatto unilaterale del creditore non può peggiorare la condizione del debitore conduce oltre.

---

(6) Fr. 7 pr., D. *h. t.*, 16, 2. Ulpianus, libro 28, *ad edictum*: « Quod in « diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oportet ». Lo stesso vale per i contratti dilatori, quando non si tratti semplicemente di un termine di favore accordato al debitore per procurarsi i mezzi di pagamento. fr. 16, § 1, D. *h. t.* [« Cum intra diem ad iudicati executionem datum iudicatus Titio « agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admit- « tetur: aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia « tempus indulgeri solutionis »]. Il Cod. civ. germ. al § 387 dispone, che ogni parte può compensare non appena essa può richiedere la prestazione dovutale ed effettuare la prestazione che a lei incombe.

(7) Fr. 5, D. *h. t.*, 16, 2 [« Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est « eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et « si utrumque velit compensare, audiendus est]. Secondo il Cod. civ. germ., § 770, capov. 2°, il fideiussore può negare il soddisfacimento al creditore, finchè il creditore medesimo può soddisfarsi mediante la compensazione contro un credito scaduto del debitore principale.

(8) Fr. 10, D. *de duobus reis*, 45, 2, Papinianus, libro 37, *quaestionum*: « Si « duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri « reo pecuniam debet ». Cfr. più sotto § 73, nota 10. Analogamente deve ammettersi, che il debitore può compensare contro un creditore correale, con un controcredito che a lui compete contro l'altro creditore correale, se ambedue sono soci: Dernburg, *loc. cit.*, pag. 463. Però le opinioni sono divise: cfr. gli scrittori citati nel Windscheid, § 350, nota 20. Il Cod. civ. germ., § 422, capov. 2°, dispone: « Un credito che compete ad uno dei debitori non può essere compensato dagli altri debitori ». Cfr. anche § 429, capov. 3°.

Di conseguenza egli potrà opporre al cessionario anche quei suoi crediti contro il cedente, che gli competevano al tempo della denuncia della cessione, ma che solo più tardi ebbero a scadere. Per contrario non è autorizzato alla compensazione dei suoi crediti contro il cedente, scaduti solo più tardi del credito ceduto. Infatti importerebbe una ricompensa dell'infrazione del contratto, se il debitore ceduto potesse rendere inefficace il debito trasmesso al cessionario, col ritardarne così a lungo l'adempimento, sino a quando scadesse il proprio credito contro il cedente, per così compensarlo (9-10).

II. La compensazione è esclusa:

1° Nel caso della rinunzia del debitore (11);

2° Di fronte al credito avente per oggetto la restituzione di ciò, che il debitore con ingiustificato arbitrio si appropriò (12);

---

(9) Sulla compensazione nel caso della cessione vedi Dernburg, *l. c.* pag. 402, ed oltre gli scrittori ivi citati, Eisele, pag. 305. Il Trib. Imp., vol. IV, pag. 255, e vol. XI, pag. 301, trovasi sul punto di vista qui sostenuto, in ogni caso pel diritto prussiano; sembra che da esso prenda le mosse anche pel diritto comune; cfr. Bolze, *La pratica del Trib. Imp.*, vol. I, pag. 97. Vedi del resto anche Ohnsorge, negli *Annali di* Ihering, vol. XX, pag. 295. In sostanza è anche concorde il Cod. civ. germ. § 406, cfr. anche § 392. [§ 406: « Il debitore può compensare un credito che gli compete contro il precedente creditore, anche di fronte al nuovo creditore, salvochè egli, all' acquisto del credito, avesse notizia della cessione, o che il credito sia scaduto solo dopo l' avuta notizia e più tardi del credito ceduto ». § 392: « Per il sequestro di un credito, l'impugnazione di un credito che compete al debitore contro il creditore, è esclusa solo allora, quando il debitore ha acquistato il suo credito dopo il sequestro, o quando il suo credito è scaduto solo dopo il sequestro e più tardi del credito sequestrato »].

(10) Vi sono dei casi, nei quali da un contratto sinallagmatico acquista diritti una persona diversa da quella obbligata. Ciò non toglie al convenuto la facoltà della *exceptio non adimpleti contractus,* come se l'attore stesso fosse l'obbligato alla controprestazione. Ma l'*exceptio non adimpleti contractus* deve metter capo ad una compensazione, se ambedue i crediti consistono in danaro, per es., perchè la pretesa del compratore si trasforma in una pretesa diretta all'*id quod interest*. In tali casi si verifica di conseguenza anche una compensazione, malgrado che il creditore dell'un credito non sia il debitore dell'altro: fr. 19, D. *h. t.*, 16, 2. [« Debitor pecuniam « publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi « potuit: obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod « servus publicus habebit »]. Dernburg, *loc. cit.*, pag. 372. Lo stesso può anche accadere negli altri casi in cui ha luogo un diritto di ritenzione.

(11) Se nella promessa di pagare « a contanti », — per es., ad uno scrittore subito dopo la consegna del manoscritto — si contenga una rinunzia all'eccezione di compensazione, è a giudicarsi secondo le circostanze del caso.

(12) C. 14, § 2, Cod. *h. t.*, 4, 31. [rip. al § 62. nota 9] Non viene presupposto un atto scientemente sleale, basta ogni difesa personale obbiettivamente contraria al diritto. Dernburg, *loc. cit.*, pag. 511. Cfr. Trib. Imp., vol. XIX, pag. 237; Seuffert, *Archivio,* vol. XLVIII, n. 19. Il Cod. civ. germ., § 393, dispone: « Contro un credito derivante da una azione illecita dolosamente compiuta, non è ammissibile la compensazione ».

3° Di fronte ai crediti diretti alla restituzione di un deposito; ciò vale anche riguardo al *depositum irregulare*, nel quale la restituzione deve solo seguire in oggetti della medesima specie (13);

4° Di fronte alle pretese di alimenti (14);

5° In virtù di un privilegio fiscale, è inammessibile la compensazione di fronte ai crediti di un dipartimento fiscale coi propri crediti verso un altro dipartimento (15).

Inoltre certi crediti del fisco e delle città non possono soggiacere alla compensazione (16).

---

(13) C. 11, Cod. *depositi*, 4, 34; c. 14, § 1, *i. f.*, Cod. *h. t.*, 4, 31; § 30, I, *de actionibus*, 4, 6 [c. 14 cit. e § 30, I, cit. ripp. al § 62, nota 9; c. 11 cit.: « Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti « ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compen- « sationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam « contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias prae- « tendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio « generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur. Sed « et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis « praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte « quam celerrime sine aliquo obstaculo restuantur, ei videlicet primum, qui primus « hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reserventur. Quod obtinere « sicut iam dictum est oportet et si ex una parte depositio celebrata est, ex « altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione ser- « vata depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur. Quod si in scriptis « attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepit ab alio « transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iusiurandum adfirma- « verit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depo- « sitas quantocius recuperare »]. Vedi più giù § 93. DERNBURG, *loc. cit.*, pag. 514. L'EISELE, pag. 351, per motivi insufficienti, nega a questa eccezione il suo valore nel diritto comune. Cfr. in senso contrario il Trib. Imp., vol. XII, pag. 89. Il Trib. Imp. riconosceva anche l'esclusione della eccezione di compensazione nel *depositum irregulare*. Secondo il Cod. civ. germ. il depositario può compensare.

(14) Cfr. DERNBURG *loc. cit.*, pag. 519. La compensazione è anche esclusa di fronte alle pretese di alimentazione mediate, ma riguardo agli alimenti arretrati veramente soltanto allora quando il provento di essi può essere ancora utile allo scopo dell'alimentazione. Sulle pretese di pensioni cfr. Trib. Imp., vol. XXI, p. 186. Il Cod. civ. germ., § 394, periodo 1°, più generalmente dispone: « Quando un credito non sia pegnorabile, non si fa luogo alla compensazione ».

(15) C. 1 Cod. *h. t.*, 4, 31: [« Et senatus censuit et saepe rescriptum est « compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat « quae petit. hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter ser- « vandum est. si quid autem tibi ex ea statione cuius mentionem fecisti deberi « constiterit, quam primum recipies »]; Cod. civ. germ., § 395: [« Contro un credito dell'Impero o di uno Stato federale, come pure contro un credito di un comune o di un altro consorzio comunale, la compensazione è ammissibile solo quando la prestazione deve seguire alla medesima cassa, dalla quale dev'essere pagato il credito al compensante »].

(16) Fr. 20, D. *h. t.*, 16, 2: [« Ob negotium copiarum expeditionis tempore « mandatum curatorem condemnatum pecuniam iure compensationis retinere non

III. Nel fallimento risalta specialmente la giustizia dell' istituto della compensazione. Il creditore del fallito, del quale al tempo stesso egli era debitore, ha in questo suo debito una naturale garanzia per il suo credito. È perciò corrispondente alla equità, che egli non abbia a sborsare ciò che deve alla massa del fallimento, a pro di tutti gli altri, ma bensì possa compensare il debito suo col suo credito, e gli sia quindi lecito per tal modo di separarlo, per così dire, dalla massa. Perciò la compensazione, nel fallimento, venne considerevolmente allargata di fronte ai principii generali, e configurata in modo analogo com'era nel diritto di fallimento antegiustinianeo (17). Si richiede soltanto, che già prima dell'apertura del fallimento, sussistano crediti reciproci tra il creditore concorrente ed il comun debitore. Non impedisce che essi al tempo dell' apertura del fallimento non fossero ancora scaduti, e che il credito del creditore concorrente non fosse diretto ad una somma di danaro. Anche i crediti condizionati autorizzano alla compensazione; veramente il debito scaduto deve essere pagato alla massa, ma solo contro l'assicurazione della restituzione del pagamento, pel caso del verificarsi della condizione.

§ 64. — **Modo di far valere la compensazione. Effetti.**

I. La compensazione si compie con la dichiarazione dell' una all'altra parte (1). Il più delle volte essa viene dedotta in giudizio dal convenuto a mo' di eccezione. Va notato:

« placuit, quoniam ea non compensantur »]; c. 7 Cod. *h. t.*, 4, 31: [« Si ex venditione pretium venditori debetur, compensationis ratio opponitur. adversus fiscum « enim solum emptores petitioni pretii compensationem obicere prohibentur »]; fr. 46, § 5, D. *de iure fisci*, 49, 14: [« Ut debitoribus fisci quod fiscus debet « compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tributoria et stipendiorum, « item pretio rei a fisco emptae et quod ex causa annonaria debetur »]; Dernburg, *loc. cit.*, pag. 524; Eisele, pag. 349.

(17) Legge sul fallimento, §§ 46 sgg. Schrutka-Rechtenstamm, *La compensazione nel fallimento* [Die K. im Konkurse], 1881: Kohler, *Il diritto del fallimento* [Konkursrecht], pag. 123; Lotario Seuffert, *Diritto processuale del fallimento* [Konkursprozessrecht], pag. 229.

(1) Compie il giudice per il primo la compensazione, in base alla domanda di una delle parti, donde prendeva le mosse il diritto romano, ovvero si compie già essa per la dichiarazione unilaterale di una delle parti all'avversario? L' ultima opinione corrisponde al corso del moderno sviluppo giuridico. Così il Trib. Imp., vol. XI, pag. 119; Ohnsorge, negli *Annali di* Ihering, vol. XX, pag. 285; già pel diritto romano sostiene questa opinione il Leonhard nel § 62, nota 1, del citato scritto, ma contro di lui il Liebknect, *loc. cit.*, pag. 31. Cfr. però anche Lippmann, negli *Annali di* Jhering, vol. XXXII, pag. 157 e a preferenza di tutti Geib, *Teoria della compensazione giudiziale* [Theorie der gerichtlichen Kompensation], 1897. Anche il Cod. civ. germ.; § 388, periodo 1°, dispone: « La compensazione segue mediante dichiarazione di fronte all'altra parte ».

1° Se il debitore acquista un credito compensabile, egli può dedurre la compensazione in base ad esso, anche se il creditore agisca in un tempo, in cui quel credito sia prescritto. Infatti il diritto una volta costituito alla compensazione non viene intaccato dalla prescrizione dell'azione (2).

2° Il convenuto, che abbia parecchi opposti crediti, può di regola addurre per la compensazione quale egli voglia. Se competono parecchi crediti al creditore, questi può dichiarare di fronte al debitore, quale egli destini alla compensazione col credito di lui (3). Ciò è di norma. Ma se il creditore agisca per uno dei suoi crediti, senza che abbia fatto tale destinazione, sia prima che durante l'azione, il debitore è autorizzato a compensare col credito dedotto in giudizio. L'attore, col reclamare in giudizio uno dei crediti, mostra com'egli di esso anzitutto voglia essere sodisfatto, e deve acconciarsi a che la sodisfazione si effettui con la compensazione. Una replica contro la compensazione, mediante la quale il creditore voglia compensare con l'opposto credito, dal debitore proposto per la compensazione, un altro dei suoi crediti, è dunque solo ammissibile quando egli abbia in precedenza dichiarato essere da lui voluta siffatta compensazione. Ogni parte potrà pur sempre domandare, che crediti connessi, in particolare se derivanti dal medesimo negozio, siano reciprocamente compensati a preferenza dei non connessi (4).

3° Per quanto equa sia la compensazione, pur nondimeno presenta gravi inconvenienti processuali. Essa rende possibile al debitore di tirare in lungo la sua condanna, fondata su chiari motivi dell'azione, con l'allegare dubbi e pretesi crediti.

Perciò Giustiniano diede ai giudici facoltà, se l'azione era matura

---

(2) Cfr. Dernburg, *loc. cit.*, pag. 472. È questa l'opinione dominante, accettata anche dal Trib. Imp., cfr. Bolze, *La pratica del Trib. Imp.*, vol. I, pag. 88. Concordemente il Cod. civ. germ., § 390, periodo 2°: [« Un credito, al quale si possa opporre una eccezione, non può essere compensato. La prescrizione non esclude la compensazione, quando il credito prescritto, al tempo nel quale poteva essere compensato contro l'altro credito, non era ancora prescritto »].

(3) Cfr. fr. 5, D. *h. t.*, 16, 2 [rip. al § 63, nota 7].

(4) Questa questione è tra le più controverse. Cfr. Dernburg, *l. c.*, pag. 549; Eisele, pag. 465; Windscheid, vol. II, § 349, note 21 sgg. Per la soluzione di essa manca nelle fonti ogni appoggio. Le considerazioni di principii che si fanno valere per l'una o per l'altra delle diverse opinioni, non hanno una stringente forza di convincimento. Appare perciò conveniente di associarsi alla pratica dei Tribunali Imperiali, la quale pervenne alla regola formulata nel nostro testo. Cfr. Trib. Imp. comm., vol. VII, pag. 367; vol. XII, pag. 389; vol. XIX, pag. 76; e le decisioni ivi citate; Bolze, *Pratica*, vol. I, pag. 89, n. 413. Cfr. anche Trib. Imp. nel Seuffert, vol. XLVIII, n. 253; *Rivista per l'amministrazione e la giustizia, in Oldenburg*, vol. XIX, pag. 208; Leonhard, *loc. cit.*, pag. 166. — Sul Codice civ. germ., § 396, cfr. Dernburg, *Diritto civile*, vol. II, parte I, § 129.

per la decisione, di rimandare ad un particolare dibattito le eccezioni di compensazione illiquide, e frattanto condannare il convenuto secondo la domanda dell'attore. Liquide sono le pretese, la cui esistenza è stabilita o da sentenza passata in giudicato o da confessione giudiziale, o da pubblici documenti. Ad esse sono parificate le pretese immediamente liquidabili, le quali prevedibilmente in breve spazio di tempo, od almeno prima che l'azione sia matura per la finale decisione, possano essere rese liquide (5).

A queste disposizioni di Giustiniano la legge di procedura civile ne ha sostituito delle altre (6). Essa permette:

---

(5) C. 14, § 1, Cod. *h. t.*, 4, 31: « Ita tamen compensationes obici iubemus, « si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed « possit iudici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa « forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae « iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito « et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices obser- « vent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo « eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem « exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam « iam paene expeditam sententia terminali componant ». Sulle diverse interpretazioni della legge, e sullo sviluppo del diritto comune, cfr. Dernburg, *loc. cit.*, pag. 554; Hasse, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. VII, n. 9. Il Hasse espone, che la liquidità non venga richiesta nelle pretese *ex eadem causa*. Ciò non aveva invero alcun fondamento nel diritto di Giustiniano, ma acquistò influenza sulla legislazione.

(6) Legge di procedura civile, §§ 145 e 302 [§ 145 cit.: « L'autorità giudiziaria può disporre, che parecchie pretese intentate in un'unica azione, vengano discusse in cause separate. — Lo stesso vale, quando il convenuto ha spiegato una riconvenzione, e la contropretesa non ha un giuridico nesso con la pretesa fatta valere nell'azione. — Se il convenuto deduce la compensazione di un controcredito, che non ha giuridico rapporto col credito fatto valere nell'azione, l'autorità giudiziaria può disporre che sull'azione e sulla compensazione venga discusso separatamente »; § 302: « Se il convenuto ha dedotto la compensazione in un controcredito, che non ha un giuridico nesso col credito fatto valere nell'azione, ove la discussione del credito sia matura per la decisione, questa deve seguire sotto riserva della decisione sulla compensazione. — Se la sentenza non contiene alcuna riserva, l'integrazione della sentenza può essere domandata secondo il disposto del § 321. La sentenza pronunciata sotto riserva della decisione sulla compensazione deve riguardarsi come definitiva, rispetto ai mezzi giuridici e alla esecuzione forzata. Riguardo alla compensazione, sulla quale si è riservata la decisione, la lite resta pendente. Quando dall'ulteriore procedimento risulti che la pretesa dell'attore era infondata, deve annullarsi la precedente sentenza, respingersi la pretesa dell'attore, e decidersi altrimenti sulle spese. L'attore è tenuto al risarcimento del danno derivato al convenuto per l'esecuzione della sentenza, o per la prestazione fatta allo scopo di evitarla. Il convenuto può far valere la pretesa al risarcimento nel giudizio pendente; se la pretesa vien fatta valere, deve riguardarsi come divenuta pendente al tempo del pagamento o della prestazione »].

a) La separazione del dibattimento sull'azione e sulla compensazione, se il credito opposto non ha giuridico nesso col credito dell'azione, e:

b) un giudizio sul credito per cui si agisce, con la riserva della decisione sulla compensazione, se si tratta di opposti crediti non connessi.

La legge rimette queste disposizioni al criterio del giudice. Ma s'intende che questi ricorre ad esse solamente, quando l'unione delle due controversie, sul credito e sull'opposto credito, o condurrebbe ad una confusione, ovvero cagionerebbe un indebito ritardo del giudizio.

Riguardo alla compensazione, per la quale sia stata riservata la decisione, la lite rimane pendente. Se dall'ulteriore procedimento risulta, che la compensazione era fondata, il precedente giudizio dev'essere annullato, e l'attore respinto. Nel tempo stesso l'attore è tenuto al risarcimento del danno derivato al convenuto a causa del primo giudizio. La pretesa può essere fatta valere nella stessa lite pendente (7).

II. L'eccezione di compensazione, nel caso sia stata dedotta, opera la liberazione, come ogni altra eccezione, sin dal momento in cui esistevano i suoi presupposti obiettivi. Se dunque la compensazione viene proposta ed è portata al riconoscimento giudiziale, non deve mettersi a base il momento della sentenza, ma quello nel quale si contrapposero l'un l'altro i reciproci crediti compensabili (8).

Da ciò deriva:

1. Nel caso della compensazione gl' interessi dei due opposti crediti non vengono più calcolati da quel tempo in poi (9).

2. Se il debitore paga, senza sapere che gli compete un opposto credito ed un diritto di compensazione, il suo diritto non si limita a reclamare in giudizio il suo credito. Invece egli è anche autorizzato a ripetere quanto ha pagato, con una *condictio indebiti* (10); infatti egli ha pagato quanto non era obbligato a pagare, avendo in suo soccorso contro del credito una eccezione.

---

(7) Così attualmente la Legge di procedura civile, § 302, capov. 4°. Secondo la precedente legge di procedura vi era controversia sulla portata delle disposizioni di essa: cfr. al riguardo le nostre precedenti edizioni.

(8) Concorda in realtà il Cod. civ. germ., § 389: « La compensazione ha l'effetto. che i crediti, in quanto si equivalgono, si considerino come estinti, in quel momento in cui si son trovati l'uno di fronte all'altro, atti alla compensazione ».

(9) Fr. 11, D. *h. t.*, 16, 2; c. 4 Cod. *h. t.*, 4, 31; c. 7 Cod. *de solutionibus*, 8, 42 [fr. 11 cit.: « Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurarium debet, « constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras « non esse praestandas »; c. 4 Cod. cit. rip. al § 62, nota 9; c. 7 cit.: « Eius « quantitatis, cuius petitionem ratio compensationis excludit, usuram non posse « reposci manifestum est »].

(10) Fr. 10, § 1, D. *h. t.*, 16, 2 [« Si quis igitur compensare potens solverit, « condicere poterit quasi indebito soluto »].

3. Secondo i medesimi principii, con la esistenza dell'opposto credito ha termine la mora e tutti i suoi svantaggi (11).

III. — *Contratti di remissione.*

§ 65. — **Contratto di remissione volontario** (1).

1. I crediti si estinguono per remissione, quando il creditore dichiara la volontà di rinunziare ad essi, ed il debitore accetta tale rinunzia (2).

2. In Roma la remissione del debito aveva luogo di regola nella forma dell'accettilazione (3). Però questa poteva essere surrogata dal *pactum de non petendo*, non formale, poichè dal medesimo derivava al debitore, di fronte all'azione, la *exceptio pacti de non petendo.*

3. Secondo il diritto comune ha dichiarazione non formale è sufficiente ad estinguere l'obbligazione, come è bastevole a costituirla (4).

La remissione di regola estingue completamente l'obbligazione.

Ma naturalmente può anche solo restar circoscritta a determinate persone, o essere subordinata a condizioni.

La rinunzia solo temporanea a far valere il credito, non costituisce remissione, ma bensì una proroga.

La remissione può avvenire a scopo di donazione. Ma ciò non è per nulla necessario. Si rimette, per es., una parte di un credito, per

---

(11) DERNBURG, *loc. cit.*, pag. 589; WINDSCHEID, vol. II, § 349, nota 7. Ivi sono citati gli scrittori che dissentono.

(1) VÖLDERNDORFF, *Per la teoria della remissione* [Zur Lehre von Erlass], 1850; SCHEURL, *Contributi* [Beiträge], vol. II, n. 14; UNGER, *loc. cit.*, pag. 560; ALTMANN, *Il contratto di remissione* [Der Erlassvertrag], 1891; MEISSELS, *Per la teoria della rinunzia* [Zur Lehre vom Verzichte], nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XVIII, n. 9.

(2) Fr. 91, D. *de solutionibus*, 46, 3; Cod. civ. germ., § 397 [fr. 91 cit. riportato al § 60, nota 2; § 397 cit.: « Il rapporto obbligatorio si estingue, quando il creditore mediante contratto rimette il debito al debitore. — Lo stesso vale, quando il creditore mediante contratto riconosce, insieme col debitore, che il rapporto obbligatorio non più sussiste »].

(3) Cfr. più sopra § 54.

(4) La remissione non è un'accettilazione, come neanche il contratto obbligatorio, che secondo il diritto comune dà fondamento ai crediti non formali, è una stipulazione: cfr. più sopra § 54, nota 6. La remissione è piuttosto una creazione giuridica del diritto comune, corrispondente al contratto obbligatorio non formale. In niun caso si deve identificare col *pactum de non petendo* romano, il quale generava solo una *exceptio*, e del resto poteva indurre tanto una remissione quanto una semplice dilazione. Cfr. però VANGEROW, vol. III, § 621, nota 1, ma anche il WINDSCHEID, vol. II, § 357, nota 9.

assicurarsi il pagamento dell'altra parte, o per una tal quale cortesia commerciale. Allora manca *l'animus donandi*, cioè la intenzione della liberalità, richiesta per la donazione (5).

§ 66. — Remissione forzata. Concordato.

1. Per remissione forzata s'intende la remissione di un credito, che viene conchiusa dalla maggioranza dei creditori con l'intervento dell'autorità giudiziaria, e che vincola anche la minoranza.

2. In Roma una remissione forzata aveva luogo soltanto, per rendere possibile all'erede l'adizione di una eredità gravata di debiti (1-2).

---

(5) Sulla *causa* del contratto di remissione cfr. segnatamente HARTMANN, *Arch. per la pratica civ.*, vol. LXXXV, n. 1.

(1) Fr. 7, § 17; fr. 10, D. *de pactis*, 2, 14; cfr. fr. 54, § 1, D. *de manumiss. testament.*, 40, 4; fr. 58, § 1, D. *mandati*, 17, 1 [fr. 7, § 17, cit.: « Si ante « aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum « valiturum est »; fr. 10, cit.: « Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi « omnes creditores debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num « exemplum praesentium absentes sequi debeant? sed an et privilegiariis absen- « tibus haec pactio noceat, eleganter tractatur: si modo valet pactio et contra « absentes. et repeto ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse « fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros pri- « vilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his cre- « ditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt. Si pacto subiecta sit « poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu « actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui « stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto « eum stipulationem ferre. Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium « esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, « doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. ut puta si « procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui « putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse »; fr. 54, cit.: « Scripti testamento heredes ante aditam hereditatem pacti sunt cum creditoribus, « ut parte dimidia contenti essent, et ita decreto a praetore interposito heredi- « tatem adierunt: quaero, an libertates in eo testamento datae competierunt. « respondit, si testator fraudandi consilium non habuisset, competere libertates »; fr. 58, § 1, cit.: « Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit: deinde defuncto « debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut por- « tionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator « exstiterat: quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam « heres debitoris. respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, « pactus videtur iuxta ex causa eaque exceptio et fideiussori danda esset et man- « datori. sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut « pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare « decretum praetoris. nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi « consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem « praestaturus est. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permit-

Ma nel diritto comune si ammise tale coazione in tutti i casi dell'insufficienza patrimoniale del debitore, allo scopo di evitare il fallimento (3).

3. La legge sul fallimento (4) non conosce alcuna remissione forzata, prima dell'apertura del fallimento, allo scopo di evitarlo, ma bensì dopo l'apertura del fallimento, e dopo tenutasi l'adunanza generale per la verificazione dei crediti allo scopo di por fine al fallimento: il concordato. Questo consiste per lo più in una parziale remissione di debito, ma può mirare anche ad una semplice proroga. È inammessibile nel caso di bancarotta fraudolenta.

Il concordato viene trattato e conchiuso tra il fallito e i suoi creditori non privilegiati. Per esso si richiede:

a) la maggioranza dei creditori presenti nell'adunanza;

b) che i crediti della maggioranza costituiscano almeno i tre quarti della somma complessiva dei crediti che autorizzano al voto.

« tendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est: sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem »].

(2) Oltracciò il diritto giustinianeo conosceva una coazione della maggioranza dei creditori contro la minoranza, per la concessione di una dilazione, il cosiddetto *moratorium* a favore del debitore; c. 8, Cod. *qui bonis cedere possunt*, 7, 71 [« Cum solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabilis cessionis bonorum « homines veniant auxilium et electio detur creditoribus vel quinquennale spatium « eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existima- « tione et omni corporali cruciatu semoto: qnotidie dubitabatur, si quidam ex « creditoribus voluerint quinquennales dare indutias, alii autem iam nunc ces- « sionem accipere velint, qui audiendi sunt. In tali itaque dubitatione minime « putamus esse ambiguum, quod sentimus et quod humaniorem sententiam pro « duriore elegimus. et sancimus, ut vel ex cumulo debiti, vel ex numero credi- « torum causa iudicetur. Et si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in « summa debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis et debitis eorum com- « putatis ipse alios antecellat, ipsius sententia obtineat sive indulgere tempus sive « cessionem accipere desiderat. Si vero plures quidem sint creditores, ex diversis « autem quantitatibus, et nunc amplior debiti cumulus minori summae praeferatur, « sive par sive discrepans numerus est creditorum, cum non ex frequentissimo « ordine feneratorum, sed ex quantitate debiti causa trudinatur. Pari autem quan- « titate debiti invenienda, dispari vero creditorum numero, tunc amplior pars cre- « ditorum obtineat, ut, quod pluribus placeat, hoc statueretur. Sin vero undique « aequalitas emergat tam debiti quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui « ad humaniorem declinant sententiam non cessionem exigentes, sed indutias. « Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores quantum ad « hanc electionem observanda: in rebus autem officio iudicis partiendis suam vim « singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula. Nullo prae- « iudicio creditorum cuidam ex quinquenii dilatione circa temporalem praescri- « ptionem generando »].

(3) Sulla storia di questo diritto consuetudinario cfr. Fuchs, *Il procedimento di fallimento* [Das Konkursverfahren], 1863, pag. 63 sgg.

(4) Legge sul fallimento, §§ 173 sgg.

Esso ha bisogno della conferma giudiziale, la quale può essere rifiutata su proposta di uno dei creditori che vi hanno partecipato, nel caso che il concordato medesimo sia stato condotto a capo in modo non retto, o urti contro l'interesse comune dei creditori. Anche senza tale proposta il concordato è a rigettarsi, se esso, in conseguenza dello sleale diportamento del fallito, non assicura ai creditori almeno la quinta parte dei loro crediti; se ciò è una conseguenza del contegno leggiero del fallito, il rigetto del concordato è rimesso al prudente arbitrio del giudice.

Il concordato vincola anche i creditori dissenzienti e gli assenti, ma deve a tutti accordare uguali diritti.

IV. — *Altre cause di estinzione.*

§ 67. — **Scomparsa del subietto.**

1. Le obbligazioni trapassano di regola agli eredi del creditore, come agli eredi del debitore (1).

Neanche se il creditore od il debitore muoiano, senza lasciare eredi, esse spariscono senz'altro. Esse restano piuttosto come attivo o passivo dell'eredità, o rispettivamente della massa del fallimento, se questo viene aperto contro la eredità.

2. Nondimeno taluni crediti sono, in forza di legge o di particolari contratti, altamente personali, talchè si estinguono con la morte del creditore o del debitore. Ciò avviene in particolari casi (2).

3. Le obbligazioni si estinguono inoltre per confusione, pel fatto cioè, che crediti e debiti si congiungano nella medesima persona (3).

---

(1) Fr. 37, D. *de adquirenda vel omittenda hereditate,* 29, 2: ... et ea quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

(2) I singoli casi della intrasmissibilità agli eredi, delle obbligazioni, vengono più opportunamente esposti nel diritto di successione, anzichè in questo luogo. Cfr. vol. III, § 169.

(3) Alquanto ampollosamente MODESTINO, libro 8, *regularum*, fr. 75, D. *de solutionibus,* 46, 3, espone: « Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit « actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditori extiterit confusio here- « ditatis peremit petitionis actionem ». Cfr. GIRTANNER, *La fideiussione* [Die Bürgschaft], pag. 504; KUNTZE, *La obbligazione* [Obligation], pag. 217; FITTING, *Le obbligazioni correali* [Die Korrealobligationen], pag. 103; BARON, *Rapporti giuridici collettivi* [Gesammtrechtsverhältnisse], pag. 335; FRIEDMANN, *Gli effetti della* confusio [Die Wirkungen der confusio], Dissertazione Univ. di Greifswald, 1884; MOSLER, *Per la teoria della confusione,* Dissertazione Univ. Berlino, 1897; particolarmente però PAOLO KRETSCHMAR, *La teoria della confusione* [Die Theorie der Konfusion], 1899. Sul fr. 21, § 5, D. *de fideiussoribus et mandatoribus,* 46, 1; vedi BRUNETTI, nell'*Archivio giuridico,* vol. XLVIII, pag. 135; contro di lui il

Infatti, nessuno può essere debitore di sè stesso (4). Il caso principale della confusione si ha quando il creditore erediti dal debitore, od il debitore dal creditore (5). Ma questo non è l'unico caso. Particolarmente si verifica anche la confusione del credito, in conseguenza della cessione di esso al debitore (6).

KRETSCMAR, *loc. cit.*, pag. 162 [fr. 21, § 5, cit. : « Cum fideiussor reo stipulandi « heres exstiterit, quaeritur, an, quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum « mandati actionem. respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intellegi « ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse : itaque ex stipulatu potius quam « mandati agere debebit »].

(4) Non è lontano il concepire nel modo seguente — come fa il BARON, *loc. cit.* — il processo della confusione: che cioè al debitore sia impossibile la successione nel posto del creditore, ed al creditore sia impossibile quella nel posto del debitore, e che perciò la obbligazione si estingua. Tale però non è il concetto romano. Per esso piuttosto il creditore succede nel proprio debito, ed il debitore acquista il credito contro sè stesso ; però ciò avviene solo momentaneamente, poichè col convenire insieme delle qualità di debitere e di creditore l'obbligazione si estingue. Già l'espressione « *confusio* » dimostra, che così i Romani si rappresentavano la cosa: sta in sostegno di ciò anche il fr. 7, § 1, D. *de stipulatione servorum*, 45, 3. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 352. Solamente così noi otteniamo pratici risultati. Secondo l'opinione contraria sarebbe impossibile la cessione di un credito ad un debitore, ed il credito resterebbe quindi presso del cedente, il che sarebbe poco opportuno. Secondo l'esatta opinione tale cessione è valida, si effettua nella persona del cessionario e mena all'estinzione della obbligazione per confusione [fr. 7, § 1, cit. : « Si servus communis ab uno ex sociis stipu« latus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur : sin autem sine « ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteriis sociis praeter « eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquiret. sed si iussu unius socii « stipulatus est, idem iuris est, quod esset, si eidem illi socio nominatim dari sti« pulatus esset. interdum etiamsi neque iussu neque nominatim alteri ex dominis « stipularetur, ei tamen soli adquirere eum Iuliano placuit : ut puta si quid forte « stipuletur, quod utrique adquiri non potest. veluti servitutem ad fundum Cor« nelianum stipulatus est, qui fundus Sempronii erat alterius ex dominis : ei soli « adquirit »].

(5) Se il debitore eredita dal creditore per una parte, o se il creditore eredita per una parte dal debitore, la confusione si verifica solo per la parte corrispondente : c. 1, Cod. *de actionibus hereditariis*, 4, 16 ; GORDIANUS : « Pecuniam, quam « tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus eius coheredibus tuis pro parte « tibi competenti petere debes ».

(6) Se l'acquisto viene annullato, ne risulta allora che la confusione era solo apparente, e perdura il credito. Così, ad esempio, nel caso della rescissione del testamento e dell'acquisto dell'eredità mediante la *querella inofficiosi testamenti* : fr. 21, § 2, D. *de inofficioso testamento*, 5, 2 [« Idem respondit, evicta heredi« tate per inofficiosi querellam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia « observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset : et ideo et petitionem inte« gram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere et compen« sationem debiti »]. Affatto diversa è la cosa, quando l'erede vende la eredità dopo la confusione. Allora il credito confuso più non rivive punto da sè. Ma di certo però l'erede può pretendere dal compratore, con l'*actio venditi*, il pagamento

Il creditore, nel caso della confusione, ha in sè medesimo il valore del credito. Perciò spesso nelle fonti la confusione viene parificata al pagamento. Questa parificazione ha anche delle conseguenze pratiche, ma non è punto assoluta (7).

---

dell'ammontare del suo credito estinto contro il testatore, e viceversa il compratore può porre a carico di lui l'importo del credito del testatore estintosi per confusione. Infatti, in conseguenza della vendita d'una eredità il venditore dev'essere posto, per contratto, nella condizione, come se egli non già, ma il compratore fosse divenuto l'erede. Cfr. fr. 2, § 18, D. *de hereditate vel actione vendita*, 18, 4; fr. 20, D. *eod.* [fr. 11, § 18, cit.: « Cum quis debitori suo heres exstitit, confu-« sione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur « emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori heredi-« tatis, sive cum moritur testator debuit (quamvis post mortem debere desiit adita « a venditore hereditate) sive quid in diem debeatur sive sub condicione et postea « condicio exstitisset, ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, « ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore « agatur »; fr. 20, cit.: « Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debi-« tori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis. Quod simplicius etiam « in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres exstitit et here-« ditatem vendidit »].

(7) Un'espressione particolarmente recisa sceglie PAPINIANO, libro 37, *quaestionum*, fr. 50, D. *de fideiussoribus*, 46, 1: « Debitori creditor pro parte heres « extitit accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinte « obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius) solutionis pote-« state: sed pro parte coheredis obligatio salva est non fideiussoria, sed here-« ditaria, quoniam maior tollit minorem ». In altri luoghi però la *confusio* viene parificata alla *solutio* soltanto: fr. 21, § 1, D. *de liberatione legata*, 34, 3 « ..... confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione »; cfr. inoltre fr. 71 pr., D. *de fideiussoribus*, 46, 1. [« Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam « mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium « Palman mandator exstitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori « fiscus successerat. mandator allegabat se liberatum jure confusionis, quia fiscus tam « creditori quam debitori successerat. et quidem si unus debitor fuisset, non dubi-« tabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio « convento principali debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor « debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel « quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. sed cum duo rei « promittendi sint et alteri heres exstitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter « quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta « confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi « personam: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, « quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum inci-« pere alias non possunt, ita nec remaneant. igitur alterum reum eiusdem pecu-« niae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. plane quia « is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem « doli mali, si coeperit conveniri. cum altero autem reo vel in solidum, si non « fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. quod si « creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori, puto convenire confu-« sione obligationis non liberari reum »]. Appunto dall'ultimo passo, sul quale

§ 68. — **Successiva impossibilità della prestazione** (1).

1. L'obbligazione si estingue, se la prestazione di ciò che è dovuto diventa obiettivamente, sia realmente che giuridicamente, impossibile (2).

Nondimeno essa si conserva in questo caso nella figura di una pretesa al surrogato in danaro, se il debitore cagionò l'impossibilità con atti dei quali egli debba rispondere (3), o se sia in mora. Egli deve ancora restituire l'eventuale arricchimento provvenutogli dall'evento che ha cagionato l'impossibilità (4).

---

bisogna ancora ritornare, risulta, che la parificazione della *solutio* e della *confusio* non è punto giusta. Non sta perciò nel vero il GIRTANNER, *Fideiussione*, pag. 504, quando concepisce la confusione come un autosodisfacimento fondato in una finzione giuridica. Ciò non può essere dedotto neanche dal fr. 41, § 2, D. *de evictionibus*, 21, 2. [« Si is, qui fundum emerit et satis de evictione acceperit et « eundem fundum vendiderit, emptori suo heres exstiterit, vel ex contrario emptor « venditori heres exstiterit : an evicto fundo cum fideiussoribus agere possit, quae- « ritur. existimo autem utroque casu fideiussores teneri, quoniam et cum debitor « creditori suo heres exstiterit, ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur « et intellegitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae « debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse : et ex contrario « cum creditor debitori suo exstitit heres, minus in hereditate habere videtur, « tamquam ipsa hereditas heredi solverit. sive ergo is qui de evictione satis acce- « perat emptori cui ipse vendiderat sive emptor venditori suo heres exstiterit, « fideiussores tenebuntur. et si ad eundem venditoris et emptoris hereditas reci- « derit, agi cum fideiussoribus poterit »]. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 352, nota 4.

(1) MOMMSEN, *Contributi* [Beiträge zum Obligationenrecht], vol. I, pag. 328; HARTMANN, *L'obbligazione* [Die Obligation], pag. 222; BRINZ, vol. II, pag. 312.

(2) Cfr. più sopra § 16. Cod. civ. germ., § 275. [« Il debitore è liberato dall'obbligo della prestazione, quando questa, in conseguenza di una circostanza verificatasi dopo la nascita del rapporto obbligatorio, e della quale egli non debba rispondere, divenga impossibile. — Alla impossibilità sopraggiunta dopo la nascita del rapporto obbligatorio è parificata l'impotenza, posteriormente sorta, del debitore, ad effettuare la prestazione »]. La semplice impossibilità temporanea ha, in sè, un effetto puramente sospensivo. Ma essa è pari alla impossibilità stabile, quando faccia del tutto fallire lo scopo dell'obbligazione. Anche una parziale impossibilità può operare come una remissione, quando per essa manchi pienamente lo scopo del contratto.

(3) Cfr. BOLZE, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXIV, pag. 102; Cod. civ. germ., § 280, capov. 1°. [« Se la prestazione diviene impossibile in conseguenza di una circostanza di cui debba rispondere il debitore, egli deve risarcire al creditore il danno derivato dal mancato adempimento] ».

(4) Fr. 35, § 4, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1; fr. 14, D. *de periculo et commodo*, 18, 6. [fr. 35, § 4 cit., riportato al § 98, nota 10; fr. 14 cit.: (cont. fr. 13) « cumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem « legis Aquiliae : aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones « suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret », cfr. § 96, nota 2]. Cfr. MOMMSEN, *loc. cit.*, pag. 297. Cod. civ. germ., § 281. [Cfr. nota 12, del § 45]. Ciò non può in sè e per sè riferirsi alle somme di assicurazione.

L'estinzione dell'obbligazione si verifica non meno quando ostacoli nella persona del creditore resero impossibile la prestazione.

Se, e sino a qual punto il debitore venga liberato per la impossibilità senza sua colpa inerente alla sua persona o ai suoi rapporti, è tale questione, che non va risolta uniformemente per tutte le obbligazioni. Tutto dipende da ciò, se egli nel rispettivo senso sia responsabile solo per la colpa, ovvero sia obbligato in più alta misura. Chi, per es., ha venduto la cosa di un terzo, non viene liberato dal fatto che a lui divenga impossibile di compiere l'acquisto della cosa medesima, che egli sperava di acquistare (5).

2. I casi principali dell'impossibilità della prestazione, che vale a liberare, sono:

a) Il perimento della cosa specifica dovuta (6); al perimento è parificato il fatto, che essa cessi di essere in commercio; se la cosa non è per sempre distrutta, ma piuttosto è ripristinabile, l'obbligazione non si estingue (7);

---

(5) Cfr. fr. 9 pr., *locati*, 19, 2. ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Si quis « domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo « malo culpaque eius, Pomponius ait, nihilo minus eum teneris ex conducto ei, « qui conduxit ut ei praestetur frui, quod conduxit, licere ».

(6) I Romani dicono « *casus* » ogni sinistro », che si verifichi per caso fortuito, e che colpisca la cosa: cfr. fr. 23, D. *de R. I.*, 50, 17, [cfr. § 44, nota 3]; vedi particolarmente BRINZ, *loc. cit.*, pag. 312. Il *casus* può consistere non solo nel perimento, ma anche nel danneggiamento della cosa dovuta. Ma la liberazione per l'impossibilità della prestazione non si limita al *casus*, come più d'uno ammette: p. es. il BRINZ, *loc. cit.* Vedi più sotto nota 8.

(7) Fr. 98, § 8, D. *de solutionibus*, 46, 3. [« Aream promisi alienam: in ea « dominus insulam aedificavit: an stipulatio extinta sit, quaesitum est. respondi, « si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor. nec admissum « est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit. peti eum « posse: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus « effectus sit, alius videtur esse. nec simili argumento usus est, ut, si navem, « quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri « te: hic enim eadem navis est, quam te daturum spopondisti, ut videatur magis « obligatio cessare quam extincta esse. homini autem manumisso simile fiet, si « ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur ta- « bulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia enim videbitur esse « posterior navis, sicut ille alius homo est. non est his similis area, in qua aedi- « ficium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest « area et aestimatio eius solvi debebit: pars enim insulae area est et quidem « maxima, cui etiam superficies cedit. diversum dicemus, si servus promissus ab « hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit « postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio. area autem extat, « sicut cetera, ex quibus aedificium constitit. denique lex duodecim tabularum « tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit « pretiumque eius darivoluit »]. Cfr. MOMMSEN, *loc. cit.*, pag. 294 e gli scrittori ivi citati; vedi però anche HARTMANN, *loc. cit.*, pag. 225, nota 2.

b) Impossibile diviene anche la trasmissione in proprietà di una cosa specifica, se essa divenne per altra via di proprietà del creditore (8).

Se il creditore frattanto ha sopportato delle spese per l'acquisto della cosa, egli può reclamarne dal debitore il risarcimento, almeno sin quanto questi ne sia rimasto arricchito (9).

All'incontro causa assoluta di liberazione è il cosiddetto « *concursus duarum causarum lucrativarum* », quando cioè il creditore, al quale è dovuta una cosa in base ad un titolo lucrativo, acquista la cosa medesima ad altro titolo lucrativo (10-11). La cosa stessa allora non può

---

(8) Il Hauptmann nega, *loc. cit.*, pag. 7 sgg., che qui si abbia un caso di estinzione dell'obbligazione per impossibilità della prestazione. A parer nostro però ciò viene dimostrato dal fr. 16 pr., D. *de verb. obligat.*, 45, 1. Pomponius, libro 6, *ad Sabinum*: « Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus « factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te ». Evidentemente il giurista ammette, che si estingua l'obbligazione diretta a quello degli oggetti che diviene di proprietà del creditore. E per quale altra ragione, se non per l'impossibilità della prestazione ?

(9) Fr. 61, D. *de solutionibus*, 46, 3. Ulpianus, libro 5, *ad Plautium*: « In « perpetuum quotiens id, quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit, nec « quod solutum est, repeti possit, competit liberatio » ; cfr. Paul., *Sent.*, II, 17, § 8 : « Fundum alienum mihi vendidisti : postea idem ex causa lucrativa meus « factus est ; competet mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto » ; fr. 84, § 5, *de leg.*, I : [« Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum « sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum « acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est « et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento « agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium recipe- « rabit, quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex « empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat « ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretio restituerit et « hominem actoris fecerit »]. Mommsen, *loc. cit.*, pag. 260 del vol. I.

(10) Sulla estinzione del cosiddetto « *concursus duarum causarum lucrativarum* », cfr. Mommsen, *loc. cit.*, pag. 252 ; Hartmann, *loc. cit.*, pag. 3 ; Carlo Schmidt, *Spiegazione della regola di diritto sul concorso di due* causae lucrativae [Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier *causae lucrativae*] negli *Annali di* Ihering, vol. XX, n. 9. *Ivi*, a pag. 411, nota 2, trovasi compendiata la precedente bibliografia. Cfr. anche Salkowski, *Continuazione di* Glück, vol. XLIX, pag. 122 ; Tigges, Sul *concursus duarum causarum lucrativarum*. Dissertazione Univ. di Gottinga, 1895.

(11) La regola trovasi formulata in generale nel fr. 17, D. *de obligationibus et actionibus*, 44, 7 ; Iulianus, libro 38, *digestorum* : « Omnes debitores, qui « speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucra- « tiva ad creditores pervenisset ». Cfr. fr. 108, § 4, D. *de leg.*, I. Africanus, libro 5, *questionum* : « Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede « mihi legavit : si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum « esse placebat, sin e duabus, tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec « absit quicquam nec bis eadem res praestari possit ». Il Windscheid, vol. II,

più essergli trasmessa in proprietà, poichè già gli appartiene; e non devesi a lui prestare alcun risarcimento, perchè egli nulla ha speso per essa.

3° Per ciò che riguarda i contratti bilaterali, — coll'impossibilità dell'adempimento da parte del locatore si estingue anche l'obbligazione del conduttore: invece in altri casi rimane ferma la pretesa della parte, la cui reciproca obbligazione cessa pel caso fortuito. Tal'è almeno la regola nella vendita (12).

4° Le obbligazioni si estinguono anche, se vien meno ogni interesse del creditore all'adempimento di esse (13).

---

§ 343, a nota 6, espone, che il concetto, secondo il quale il perimento dell'obbligazione nel caso del *concursus duarum causarum lucrativarum* riposi sull'impossibilità della prestazione, contraddica alle fonti, poichè queste vedrebbero il fondamento piuttosto nel fatto, che il creditore ha ciò che deve avere, che a lui « *nihil abest* ». Io non trovo ciò esatto. Il fondamento delle fonti è propriamente complesso. Esso riposa sia sul principio « *bis eadem res praestari non potest* », come ancora sull'altro, che al creditore « *nihil abest* », e che quindi al posto della cosa, che non può più essere fornita, non subentra, come in altri casi, il risarcimento di quanto siasi speso per essa, appunto perchè nulla si è speso. — Il Windscheid da sua parte vuol chiarire la regola osservando, che la volontà che pone il credito, lo ha posto soltanto al fine, che il creditore riceva ciò che egli oramai ha; dunque non ha voluto il diritto di credito pel caso che ora si presenta ». Ciò non è in alcun modo dimostrato. Sul punto di vista del Windscheid sta sostanzialmente lo SCHMIDT, *loc. cit.*, pag. 440. Come qui il KARLOWA, *Storia del diritto romano*, [Römische Rechtsgeschichte] vol. II, pag. 837; cfr. anche PERNICE, *Labeo*, 2ª ed., vol. II, pag. 268, nota 3.

(12) Ciò sarà più particolarmente svolto trattando dei singoli negozi. Secondo il Cod. civ. germ., §§ 323 sgg. per tutti i contratti bilaterali, vale il principio della locazione.

(13) Fr. 32, D. *locati*, 19, 2. IULIANUS, libro 4, *ex Minicio*: « Qui fundum « colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius « negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis inte- « resset ». Cfr. fr. 97, § 1, D. *de verb. obl.*, 45, 1 [« Possum utiliter a te ita « stipulari: ' Titii nomine te soluturum? ', neque enim hoc simile est illi, ' Titium « daturum? ': sed ex ea stipulatione, dum interest mea, agere possum, et ideo, « si locuples sit Titius, nihil ex hac stipulatione consequi possim: quid enim « mea interest id a te fieri, quod si non feceris, aeque salvam pecuniam habi- « turus sum? »]. Altri concetti svolge il WINDSCHEID nel vol. II, § 361, nota 2; KRÜCKMANN, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. LXXXX, pag. 88.

SEZIONE VI.

Più obbligazioni dirette al medesimo scopo. Obbligazioni solidali, Fideiussioni, Intercessioni.

§ 69. — Generalità (1). — *Constitutum.*

I. Con l'essenza dell'obbligazione, di produrre un effetto a favore del creditore, si concilia la sussistenza di parecchie obbligazioni, che debbano raggiungere il medesimo effetto, di modo che si tratti di pretese concorrenti, ma di una sola prestazione. Esse possono ricorrere tra i medesimi subietti, come pure tra diversi.

Originariamente in Roma non si era invero propensi, ad accordare libero svolgimento alle obbligazioni concorrenti. Ciò aveva il suo motivo nell'apprensione, che potesse ottenersi coattivamente la riscossione per ognuna delle obbligazioni, e cioè un doppio pagamento, malgrado che soltanto uno fosse nello scopo. Perciò la più antica giurisprudenza, in una seconda promessa del medesimo oggetto, quando questa conteneva qualcosa di nuovo, supponeva una novazione (2), e riteneva invece non essere obbligatoria quando nulla contenesse di nuovo (3). In altri casi, almeno per effetto della *litiscontestatio* sull'una delle obbligazioni concorrenti, anche l'altra si considerava come *consumpta.*

Ma questi impedimenti, e queste difficoltà non furono più mantenute nel posteriore diritto. Era infatti anche inopportuno di limitare al creditore i mezzi pel conseguimento di quanto eragli dovuto.

Per ciò che riguarda anzitutto parecchie obbligazioni dello stesso debitore dirette al medesimo oggetto, il diritto romano progredito riconobbe come ammissibili, accanto alla obbligazione originaria, delle stipulazioni accessorie. Oggi è assai frequente qualcosa di simile, per es. i debiti cambiarî sul prezzo delle vendite, senza intenzione di novare.

---

(1) Lo scritto del Mitteis, *L'individuazione dell'obbligazione* [Die Individualisirung der Obligation], 1886, ha parecchi punti di contatto con la mia esposizione.

(2) Cfr. più sopra § 60, nota 6.

(3) Fr. 18, D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 58, D. *eod.*; fr. 9, § 2, D. *de novationibus*, 46, 2. [fr. 18 cit.: « Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel « non tenetur ». Fr. 58, rip. al § 60, nota 6; fr. 9, § 2 cit.: « Qui actum sti- « pulatur, deinde iter, nihil agit: item usum fructum stipulatus si usum stipu- « letur, nihil agit. sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis « stipulatur: aliud est enim iter aliud actus »]. Cfr. Mitteis, *loc. cit.*, pag. 6.

II. Un istituto che qui appartiene, di grande importanza nel commercio dei Romani, ma che già nel diritto comune non più occorreva nella forma romana, era il *constitutum* (4), cioè la promessa di pagare un debito, come attualmente sussiste, in un tempo futuro. Da ciò derivò l'*actio de pecunia constituta* (5).

Il più delle volte il debitore assumeva un costituto, per procurarsi una dilazione per un debito già scaduto (6). Perciò il mancato

---

(4) Sul *constitutum*, cfr. Tit. Dig. *de pecunia constituta*, 14, 5; Cod. 4, 18; Lenel, *Edictum perpetuum*, pag. 196; Bruns, *Il « constitutum debiti »* nei suoi *Scritti minori* [Kleine Schriften], vol. I, pag. 221; e nella *Rivista per la storia del diritto* [Zeitschrift für Rechtsgeschichte], vol. I, pag. 28. Sulla parte storica cfr. anche Kappeyne van de Coppello, *Monografie* [Abhandlungen], fascicolo II, pag. 230, Karlowa, nella *Rivista di* Grünhut, vol. XVI, pag. 448.

(5) L'*actio de pecunia constituta* era originariamente possibile solo nel caso del costituto di debiti di danaro, come mostra il nome; più tardi essa venne riconosciuta nei debiti di cose fungibili di ogni specie. Giustiniano, nella c. 2, Cod. *h. t.*, 4, 18, riconosce come forniti di azione i costituti di tutti i debiti. [« Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit « vestigio, nessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. « Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a « veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, « in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus « longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur, et « dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile « est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege « definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero « mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se « moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem « possunt homines deducerè: et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive « pro se quis constituat sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua « omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta: et liceat « pro debito puro vel in diem vel condicionali constitui: et non absimilem penitus « stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defrau- « data: sed et heredibus et contra heredes competat, ut necque recepticiae « actionis neque alio indigeat res publica in huiusmodi casibus adminiculo, sed « sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia suffi- « ciens, ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum « secundum antiquam recepticiàm actionem exigebatur et si quid non fuerat « debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus « contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et « iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promis- « siones corrumpi et restitui definiunt. Ut non erubescat igitur tale legum iur- « gium, hoc tantummodo constituatur, quod debitum est, et omnia, quae de « recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur et sit pecunia « constituta omnes casus complectens, quiet per stipulationem possint explicari »].

(6) Così Teofilo al § 8, *Inst. de actionibus*, 4, 6; cfr. però fr. 3, § 2, D. *h. t.*, 13, 5; Bruns, *Scritti minori* [Kleine Schriften], vol. I, pag. 245. [§ 8, I cit.: « In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor.

adempimento del costituto consideravasi come una speciale violazione di fede, e così si spiega la *sponsio dimidiae partis* del diritto antegiustinianeo, in forza della quale il costituente, accanto alla somma dovuta, veniva anche condannato in pena alla metà dell'ammontare di essa (7). Presupposto del costituto era la sussistenza di un debito al tempo della sua contrattazione (8). Esso obbligava il costituente al pagamento anche nel caso, in cui il debito oggetto del costituto in seguito venisse a mancare, per es. quando si fosse già prescritto al tempo dell'azione intentata pel costituito. Ma naturalmente un solo pagamento estingueva il debito principale e quello derivante dal costituto (9).

« veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur recepticia: sed ex nostra « constitutione, cum et, si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam « transfusum est, ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris « legibus recedere. item praetor proposuit de peculio servorum filiorumque familias « et ex qua quaeritur, an actor iuraverit, et alias complures. De pecunia autem « constituta cum omnibus agitur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos « se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. nam alioquin si stipu- « lanti promiserint, iure civili tenentur ». Fr. 3, § 2 cit.: « Si is, qui et iure « civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an costituendo teneatur? et « Labeo ait teneri constitutum, quam sententiam et Pedius probat: et adicit « Labeo vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, con- « stituta inducta: quam sententiam non invitus probarem: habet enim utilitatem, « ut ex die obligatus costituendo se eadem die soluturum teneatur »]

(7) Gai, *Inst.*, IV, § 171. [« Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad « litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur « coerceri modo pecuniaria poena modo iusiurandi religione modo metu infamiae, « eaque praetor quoque tuetur. Ideo ex parte eius cum quo agitur adversus infi- « tiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut « depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine « agitur: ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia « certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae « partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae »].

(8) Fr. 18, § 1, D. *h. t*, 13, 5. Ulpianus, *ad edictum*. « Si quid tunc debitum « fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia « retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo « Celsus et Iulianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis « actionis exierit. Cfr. fr. 1, § 8, fr. 2, fr. 3 pr., D. *h. t.*, 13, 5. [« Sed et is, « qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: « videtur enim debitum et quod iure honorario debetur. et ideo et pater et « dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quan- « titatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: ceterum si plus suo « nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est » fr. 2. « Quod si filii « nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, « de constituta in decem tenebitur », fr. 3. « Quod si maritus plus constituit ex « dote quam facere poterat, quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, « sed mulieri in quantum facere potest condemnatur »].

(9) Secondo l'antica opinione la *litis contestatio*, sull'azione derivante dal *constitutum* induceva la *consumptio* anche dell'azione principale; diversamente

In origine si considerava come essenziale un termine fisso di pagamento. La giurisprudenza posteriore riconobbe però anche costituti senza termini di pagamento, ma concesse allora al costituente un modico termine (10).

Il contenuto del costituto doveva essenzialmente concordare con quello del debito principale. Pur nondimeno divennero ammissibili dei costituti, i quali stabilivano il pagamento di altri oggetti, o fissavano altre modalità del pagamento (11). Se si era assunto un costituto oltre il debito principale, esso era valido sino all'ammontare di questo (12).

Come il debitore, così poteva contrarre costituti anche un terzo (13).

---

si ritenne più tardi come dal fr. 18, § 3, D. *h. t.*, 13, 5. [« Vetus fuit dubitatio, « an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solu- « tione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, « quoniam solutio ad utramque obligationem proficit »].

(10) Fr. 21, § 1, D. *h. t.*, 13, 5. Paulus, libro 29, *ad edictum* : « Si sine die « constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant: « alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas : sed « modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio cele- « bretur ».

(11) Fr. 1, § 5, D. *h. t.*, 13, 5; fr. 5 pr. D. *eod.* [fr. 1, § 5 cit.: « An potest « aliud constitui quam quod debetur, quaesitum est. sed cum iam placet rem pro « re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui: denique si quis « centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum »; fr. 5 pr. cit.: « Eum, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat alio loco « se soluturum, teneri constat »].

(12) Fr. 11, § 1, D. *h. t.*, 13, 5: [« Si quis centum aureos debens ducentos « constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo « et is, qui sortem et usuras quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem « dumtaxat »].

(13) Fr. 5, §§ 2 e 3, D. *h. t.*, 13, 5; fr. 2, ffr. 26-28, D. *eod.* [fr. 5 cit.: « Quod « exigimus, ut sit debitum quod constituitur, in rem exactum est, non utique ut « is cui constituitur creditor sit: nam et quod ego debeo tu constituendo teneberis, « et quod tibi debetur si mihi constituatur, debetur. Iulianus quoque libro unde- « cimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit: ' Scripsi me secundum « mandatum Seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et solu- « turum sine controversia '. tenetur Titius de constituta pecunia »; ffr. 26-28 citati: « Quidam ad creditorem litteras eiusmodi fecit: ' Decem, quae Lucius « Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me, « domine '. respondit secundum ea quae proponerentur actione de constituta « pecunia eum teneri. Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi « refert. hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigen- « simo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, « postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum « exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus « qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare. Ubi quis pro alio « constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet »]. Cfr. più oltre § 77.

I costituti nel senso romano erano già estranei al diritto comune (14). Il Codice civile non ne fa più menzione.

Capitolo I.

Obbligazioni solidali.

§ 70. — Partecipazione di più persone ai rapporti obbligatori in generale.

Parecchie persone possono partecipare in varia maniera ad un rapporto obbligatorio. In ispecie può verificarsi:

1° La divisione dell'obbligazione tra i vari creditori, od i vari debitori.

Essa avviene il più delle volte per capi, e quindi in parti uguali. Ma per particolari motivi la divisione può anche avvenire secondo altre proporzioni, per es., secondo le quote sociali.

2° La moltiplicazione delle obbligazioni, per modo cioè che ogni debitore debba prestare l'intero, per es., il pieno ammontare del danno, sorto dalla loro colpa, senza che la prestazione dell'uno liberi l'altro.

3° Infine un diritto di credito solidale, od una obbligazione solidale. Ognuno dei creditori può pretendere l'intero, ovvero ognuno dei debitori deve prestare l'intero; ma una sola prestazione estingue tutte le pretese.

La solidarietà si dice:

a) attiva, se trattisi del diritto di credito solidale di parecchi creditori, e

b) passiva, se parecchi sono solidalmente obbligati.

Le obbligazioni sono inoltre, parte:

a) indipendenti e di egual forza, di modo che si tratta di parecchie obbligazioni principali, e parte:

b) accessorie, di modo che l'uno è il debito principale, e l'altro un debito semplicemente accessorio, che serve di garanzia all'obbligazione principale, e si estingue con questa.

Le obbligazioni solidali indipendenti si distinguono inoltre in obbligazioni correali, e in obbligazioni semplicemente solidali, od obbligagazioni solidali in senso stretto.

---

(14) Cfr. sulla questione riguardo al valore nel diritto comune del *constitutum*, le nostre precedenti edizioni.

§ 71. — **Obbligazioni correali ed obbligazioni solidali** (1).

Vanno distinte le obbligazioni correali e le obbligazioni puramente solidali. Niun dubbio su di ciò (2). Ma sul criterio della distinzione divergono assai le opinioni.

L'esatta teoria è la seguente. Obbligazioni correali sono i diritti ed obblighi solidali costituiti dalla volontà delle parti; nelle semplici obbligazioni solidali all'incontro la solidarietà si svolge immediatamente dalla struttura del rapporto, e non è conseguenza di una volontà particolare, ad essa diretta (3).

---

(1) Tit. Inst. *de duobus reis*, 3, 16; Dig. 45, 2; Cod. 8, 39. La letteratura sulle obbligazioni correali è oltremodo ricca. Vanno principalmente menzionati: KELLER, *La litiscontestatio* [Litiskontestation], pag. 413; RIBBENTROP, *Per la teoria delle obbligazioni correali* [Zur Lehre von den Korrealobligationen], 1831; FITTING, *La natura delle obbligazioni correali* [Die Natur der Korrealobligationen], SAMHABER, *Per la teoria delle obbligazioni correali* [Zur Lehre von den Korrealobligationen], 1861; CZYHLARZ, nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. III, n. 2; BRINZ, *Per la teoria delle obbligazioni correali* [Zur Lehre von den Korrealobligationen], 1873; UNGER, *Correalità passiva e solidarietà* [Passive Korrealität und Solidarität], negli *Annali di* IHERING, vol. XXII, n. 2 e vol. XXIII, n. 3; HÖLDER, nella *Pubblicazione festiva del* BRINZ *e del* HÖLDER, 1884 e nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. LXVIIII, pag. 203; MITTEIS, *Obbligazioni solidali passive* [Passive Gesammtschuld] nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XIIII, pag. 419. Una più ampia bibliografia vedi in HASENÖHRL, *Diritto delle obbligazioni austriaco* [Oesterreichisches Obligationenrecht], pag. 84. Deve aggiungervisi EISELE, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXVII, pag. 374, e su di questo ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali*, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. IV, pag. 287; HRUZA, *Obbligazioni correali e ciò che è affine, nella seconda lettura del progetto di un Codice civile germanico*, 1895; BINDER, *Le obbligazioni correali nel diritto romano ed odierno* [Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht], 1899. Cfr. anche HARTMANN, *Obbligazioni solidali e correali secondo il diritto delle obbligazioni svizzero* [Solidar- und Korrealobligationen nach Schweizerischem Obligationenrecht], 1886, nella *Rivista pel diritto svizzero*, Nuova Serie [Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge], vol. VI, pag. 113.

(2) Secondo il BINDER, *loc. cit.*, l'obbligazione solidale passiva è rimasta nel diritto classico sempre obbligazione correale, nel diritto giustinianeo sempre obbligazione puramente solidale: cfr. particolarmente pag. 403, ma l'obbligazione solidale attiva è invece rimasta permanentemente obbligazione correale: pag. 481.

(3) Analogamente MAUR. GENIN, *Du fondement de la distinction des obligations corréales et des obligations* in solidum, *thèse,* Lyon, 1893, il quale procede sulle indagini del GÉRARDIN, cfr. specialmente pag. 76 sgg. Il Cod. civ. germ. non rileva espressamente la differenza; cfr. però il § 420 col § 427, DERNBURG, *Diritto civile*, vol. II, Parte I, pag. 368 [§ 420: « Se parecchie persone devono una prestazione divisibile, o se parecchie persone possono richiedere una prestazione divisibile, nel dubbio ogni debitore è tenuto solo ad una uguale quota, ogni creditore ha diritto solo ad una uguale quota »; § 427: « Se parecchie persone si obbligano in comune, mediante contratto, ad una prestazione divisibile, sono tenute nel dubbio come debitori solidali »].

Le obbligazioni correali dunque tendono verso il medesimo scopo, da un unico ed identico punto di partenza, — le obbligazioni solidali da indipendenti punti di partenza.

1° Le obbligazioni correali si possono di conseguenza definire, come « parecchie obbligazioni, costituite mediante il medesimo negozio giuridico, dirette al medesimo oggetto ». Esse sono congiunte in un unico rapporto giuridico, perciò i romani parlano anche di « *una* » e « *tota* » *obbligatio* (4).

La correalità viene costituita:

a) mediante contratto. Originariamente in Roma era necessaria la stipulazione (5-6). Si parlava quindi di « *correi stipulandi* » e

---

(4) UNGER, *loc. cit.*, parla di una « unità collettiva dell'obbligazione ». Ciò concorda sino ad un certo grado col nostro concetto. Ma l'Unger va tanto oltre, da parlare di una unità della persona dei debitori correali: *loc. cit.*, vol. XXII, pag. 225. Egli afferma essere nel diritto romano riconosciuto, che i vari subietti della obbligazione correale siano uniti in un tutto, e formino una sola persona, la quale però naturalmente non è lecito considerare come un nuovo subietto giuridico, diverso dai singoli, e librantesi sopra di loro. Con ciò noi non possiamo rappresentarci nulla di determinato. Cfr. MITTEIS, *L'individuazione dell'obbligazione*, pag. 49.

(5) Fr. I. *h. t.*, 3, 16: « Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri « possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat « ' spondeo ', ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respon- « deat ' utrique vestrum dare spondeo '. nam si prius Titio spoponderit, deinde alio « interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei sti- « pulandi esse. duo pluresve rei promittendi ita fiunt: ' Maevii quinque aureos « dare spondes? Seii eosdem quinque aureos dare spondes? ' ». Era richiesto che l'obbligazione avvenisse « *uno eodemque contractu* »: c. 4 Cod. *h. t.*, 8, 39. Nel fr. 9, § 2, D. *h. t.*, 45, 2, si presuppongono delle persone, che dimorano in diversi luoghi, ma prestano la *promissio* nel medesimo luogo; CZYHLARZ, pag. 67, nota 29. Che la correalità si fosse sviluppata dalle stipulazioni risulta dal fatto, che essa viene trattata dai giuristi romani a proposito della stipulazione: su di ciò van confrontati i luoghi raccolti dal MITTEIS, *L'individuazione dell'obbligazione*, pag. 59. A ragione rileva anche il Mitteis che, secondo il fr. 47, D. *locati*, 19, 2, la correalità, ai tempi di Marcello, non era punto riconosciuta nei *bonae fidei negotia* in modo generale. Persino PAPINIANO ritiene necessario, nel fr. 9 pr. D. *h. t.*, 45, 2, di esporre, che le obbligazioni correali potevano essere costituite non soltanto « *verbis* », ma anche « *ceteris contractibus* »; [c. 4 cit.: « Cum quidam « rei stipulandi certos habebant reos promittendi, vel unus forte creditor duos vel « plures debitores habebat, vel contrario multi creditores unum debitorem, et alii « ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverint vel per solutionem « vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et inve- « nimus positos et nos ampliavimus, vel forte ad unum creditorem quidam ex » debitoribus devotionem suam ostenderunt, vel cum plures essent creditores, « debitor qui solus existeret ad unum ex his vel quosdam debitum agnovit, et « quaerebatur, si eis vel ei datur licentia adversus alios indevotionem suam exer- « cere et quasi tempore emenso exactionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus « debitum agnoscentibus vel in iudicio pulsatis debent et alii ab omni contradictione

« correi promittendi ». In conseguenza di che venne formata dai moderni l'espressione « obbligazioni correali ». Ma già in Roma divenne possi-

---

« repelli: Nobis pietate suggerente videtur esse humanum semel in uno eodemque « contractu qualicumque interruptione vel agnitione adhibita omnes simul com- « pelli ad debitum persolvendum, sive plures sint rei sive unus, sive plures cre- « ditores vel non amplius quam unus. Sancimus in omnibus casibus, quos noster « sermo complexus est, aliorum devotionem vel agnitionem vel ex libello admo- « nitionem aliis debitoribus praeiudicare et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque « generalis devotio et nemini liceat alienam indevotionem sequi, cum ex una stirpe « unoque fonte unus effluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit »; fr. 9, § 2 cit.: « Cum duos reos promittendi facerem ex diversis locis, Capuae « pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cuiusque ratio proprii temporis habe- « bitur: nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilo minus in cuiusque « persona propria singulorum consistit obligatio »; fr. 47 cit.: « Cum apparebit « emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum « intuitum personam, ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi, « si constabit esse omnes solvendo: quamquam fortasse iustius sit etiam, si solvendo « omnes erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones « suas adversus ceteros praestare non recuset »; fr. 9 pr. cit.: « Eandem rem apud « duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus « similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipu- « lationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione con- « ductione, deposito, commodato testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis « testator dixit: ' Titius et Maevius Sempronio decem dato ' »].

(6) Nella vita pratica, per la contrattazione di debiti correali, non si faceva uso, nell'epoca imperiale, della forma semplice riferita nel pr. I. *h. t.*, 3, 16, — sopra nota 5 —, ma piuttosto divenne comune la formula « spondemus invicem « nos obligantes atque fide dicentes ». Ciò risulta dai documenti citati nel MITTEIS, *Diritto imperiale e diritto popolare* [Reichsrecht und Volksrecht], 1891, pag. 184. Come fosse diffuso il formulario è dimostrato in ispecie anche da ciò, che PAPINIANO, nel fr. 11 pr. D. *h. t.*, 45, 2, può far parola di una comune opinione dei giuristi — *convenit* — sulla portata di una tale clausola. Ciò viene ancora indicato dalla novella 99. Sul fr. 11 cfr. più giù § 73, nota 19 [fr. 11 cit.: « Reos pro- « mittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit. reus itaque « stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), « poterit eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero exstitit, in « partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus con- « veniret ». Nov. 99 cit.: « ..... Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς. ε μὲν μὴ προστεθείη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι, πάντας ἐξ ἴσου τὴν αγωγὴν ὑφίστασθαι. εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προστεθείη, φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφρωνον, οὐκ εὐθὺς μέντοι τὴν ἀρχην ἕκαστον ὁλόκληρον ἀπαιτεῖσθαι, ἀλλὰ τέως μὲν κατὰ τὴν μοῖραν καθ'ἣν ἕκαστος ἐνέχεται, χωρεῖν δὲ αὐτὸν καὶ κατὰ τῶν ὑπολοίπων, εἴ γε καὶ εὔποροι καθεστᾶσι κα ἐνδημοῦσι. καὶ εἰ τοῦτο οὕτως ἔχον φανείη, εἰ μὲν εὐπόρως ἔχουσι καὶ παρόντες τύχοιεν, ἐκείνους κινδυνεύειν ἐκπληρῶσαι ἕκαστον εἰς τὸ οἰκεῖον μέρος τὸ ἀλληλεγγύως •δανεισθέν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι, καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος. εἰ δὲ απόρως ἔχοντες οἱ λοιποὶ φανεῖεν, εἴτε πάντες εἴτε τινές, εἴτε εἰς μέρος εἴτε εἰς ὁλόκληρον, ἢ καὶ ἀπόντες τυχόν, καὶ εἰς εκεῖνο ἐνέχεσθαι ὅπερ λαβεῖν παρὰ τῶν ἄλλων οὐκ ἠδυνήθη· οὕτω γαρ κἀκείνῳ φυλαχθήσεται ὁ τοῦ συμφώνου τρόπος,..... καὶ ἕκαστος ἐνέξεται ὥςπερ ἐξ ἀρχῆς συνεγράψατο, τέχναις ἢ δόλοις ἢ διαλύσεσιν ὑπερβαίνειν τὰ συγ-κείμενα μὴ συγχωρύμενος..... ».

bile, segnatamente nei negozi reali e nei contratti consensuali, di convenire la correalità, mediante contratti accessorii non formali. Pel diritto odierno basta, naturalmente, ogni patto. Le formule ordinarie sono: « tutti e singoli », « *pro indiviso* », « solidalmente », od anche « correalmente » (7).

b) Inoltre per disposizione del testatore può la correalità essere stabilita nei legati (8).

Se più persone contrattano insieme un negozio obbligatorio, ciò non basta per diritto comune alla costituzione di un credito o di un debito correale. Piuttosto nel dubbio, nel caso di una prestazione divisibile, ha luogo tra tutti la divisione per capi (9). Se, per es., parecchi insieme vendono o comprano o locano la medesima cosa, od assumono un mutuo, ognuno dei debitori è vincolato solo per la sua parte. Se uno diventi incapace di pagare, ciò non ricade a carico degli altri, ma è invece a danno del creditore.

---

(7) I Romani richiedevano originariamente per le obbligazioni correali una completa identità dell'oggetto dell'obbligazione. Più tardi non si rimase fermi a ciò in modo assoluto. Cfr. fr. 5; fr. 9, § 1; fr. 15, D. *h. t.*, 45, 2 [fr. 5 cit.: « Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fideiussorem adhiberi in « ea obligatione. et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui vel promit- « tendi, sicuti si ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulentur: « et ex contrario duo fabri eiusdem peritiae easdem operas promittere intelleguntur « et duo rei promittendi fieri »; fr. 9, § 1 cit.: « Sed si quis in deponendo penes « duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse « duos reos, a quibus inpar suscepta est obligatio. non idem probandum est, cum « duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia « posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam « obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest. quare si socii « sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum « proderit »; fr. 15 cit.: « Si id, quod ego et Titius stipulamur, in singulis « personis proprium intellegatur, non poterimus duo rei stipulandi constitui, « veluti cum usum fructum aut dotis nomine dari stipulemur: idque et Iulianus « scribit. idem ait, et si Titius et Seius decem aut Stichum, qui Titii sit, stipu- « lati fuerint, non videri eos duos reos stipulandi, cum Titio decem tantum, Seio « Stichus aut decem debeantur: quae sententia eo pertinet, ut, quamvis vel huic « vel illi decem solverit vel Seio Stichum, nihilo minus altori obligatus manet. « sed dicendum est, ut, si decem alteri solverit, ab altero liberetur »]. Pel diritto odierno non deve assolutamente richiedersi l'identità dell'oggetto dell'obbligazione.

(8) Fr. 9 pr. D. *h. t.*, 45, 2 [rip. alla nota 5].

(9) Fr. 11, § 1, D. *h. t.*, 45, 2: « Cum tabulis esset comprehensum 'illum « et illum centum aureos stipulatos' neque adiectum 'ita ut duo rei stipulandi « essent', virilem partem singuli stipulati videbantur; § 2: « Et e contrario cum « ita cautum inveniretur: 'tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, « spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius', partes viriles deberi, « quia non fuerat adiectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei pro- « mittendi fierent ».

La correalità deve dunque essere particolarmente convenuta (10-11). Essa ha principalmente i seguenti scopi. L'obbligazione correale attiva facilita ai creditori l'esperimento del diritto, perchè ognuno può reclamare l'intero; essa rende anche al debitore più comodo il pagamento, essendogli lecito di pagare ad ognuno l'intero. Ma l'obbligazione correale passiva assicura il creditore contro il pericolo che venga meno il pagamento, finchè anche un solo dei debitori sia capace di pagare, e facilita a lui l'esperimento del suo diritto, potendo egli convenire ognuno per l'intero (12).

2º Le obbligazioni semplicemente solidali possono essere, come le obbligazioni correali, attive, talchè i vari creditori abbiano uguale diritto all'intero (13), e passive, talchè ognuno dei vari debitori sia obbligato all'intero. Le obbligazioni solidali passive sono di gran lunga le più frequenti.

a) Un caso principale è quello in cui parecchi, in conseguenza di delitto siano obbligati al risarcimento del medesimo danno (14).

b) Così pure si hanno obbligazioni solidali, quando più tutori (15)

---

(10) Non deve però essere espressa: basta la visibile intenzione. Trib. Imp., vol. XV, pag. 175.

(11) Il Cod. civ. germ. dispone all'incontro al § 427: « Se parecchie persone si obbligano in comune, mediante contratto, ad una prestazione divisibile, sono tenute nel dubbio come solidalmente obbligate ».

(12) Savigny, *Dr. Obbl.*, vol. I, pag. 215.

(13) Parecchi casi dell'obbligazione solidale attiva sono indicati dallo Ihering, nei suoi *Annali*, vol. XXIIII, n. 3.

(14) Fr. 14, § 15; fr. 15, D. *quod metus causa*, 4, 2; fr. 17 pr. D. *de dolo*, 4, 3; fr. 1, § 10; fr. 2 sgg., D. *de his, qui effunderint vel deiecerint*, 9, 3; [fr. 14, § 15 cit.: « Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit « conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati « sunt: sed etsi id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius « est etiam sic peremi adversus ceteros metus causa actionem »; fr. 15 cit.: « Aut in id dabitur adversus ceteros actio, quod minus ab illo exactum sit »; fr. 17 pr. cit.: « Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur: « quod si unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari »; fr. 1, § 10 cit.: « Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, « in quemvis haec actio dabitur, fr. 2: cum sane impossibile est scire, quis deie- « cisset vel effudisset, fr. 3: et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, « ceteri liberabuntur fr. 4: perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem « damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit ». Crome, negli *Annali di* Ihering, vol. XXXV, pag. 100; Cod. civ. germ., § 830: [« Se parecchie persone mediante un atto illecito commesso in comune, hanno cagionato un danno, ognuno è responsabile per il danno. Lo stesso vale, quando non si possa accertare, chi, tra parecchi partecipanti abbia col suo fatto cagionato il danno »].

(15) Fr. 38 pr., D. *de administratione tutorum*, 26, 7: [« Si plures tutelam « non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes admi- « nistrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores « excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet »].

o più mandatari (16), per una colpa imputabile ad ognuno di essi, devono rispondere del medesimo danno.

c) Infine sussiste anche una responsabilità solidale quando varie persone mediante promesse, ma separatamente, assumono la medesima prestazione. Così, per es., i debitori cambiari, i quali indipendentemente l'uno dall'altro promettono la somma cambiaria, come traenti, giranti od accettanti della cambiale, come semplici debitori solidali, (17). Tali sono ancora i vari assicuratori, che separatamente ed indipendentemente assicurano il medesimo danno (18).

§ 72. — Teoria dell'unità delle obbligazioni correali.

1. Un fenomeno del diritto antegiustinianeo diede al Keller ed al Ribbentrop l'impulso alla scoperta della diversità tra le obbligazioni correali e le obbligazioni semplicemente solidali. Se uno dei vari debitori correali veniva convenuto e con lui veniva compiuta la *litiscontestatio*, tutti i debitori correali, sino a Giustiniano, erano liberati per effetto della *consumptio* dell'azione (1). La *litiscontestatio* aveva un'efficacia distruttrice per tutti. Se dunque l'azione contro il debitore restava senza risultato, per es., a causa dell'insolvenza del convenuto, nondimeno il creditore nulla poteva più ottenere dagli altri debitori correali. All'incontro le obbligazioni semplicemente solidali si estinguevano solo per

---

(16) Fr. 60, § 2, *mandati*, 17, 1: [« Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. « respondi unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non « amplius debito exigatur »].

(17) Cfr. anche Binder, *loc. cit.*, pag. 538.

(18) Trib. Imp., vol. VI, pag. 177.

(1) Fr. 2. D. *h. t.*, 45, 2; fr. 31, § 1, D. *de novationibus*, 46. 2; fr. 5 in fine, D. *de fideiussoribus*, 46, 1. Vedi quest'ultimo testo nella nota 3; [fr. 2 cit.: « Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et « singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione « unius tota solvitur obligatio »; fr. 31, § 1 cit.: « Si duo rei stipulandi sint, « an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit. fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam « rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utrisque obligationem: « ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus « esset, excepto eo quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, « amittere debitorem potest. secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, nova- « tione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis « cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. alioquin quid « dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo « stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura » ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur »].

via del soddisfacimento, e non già soltanto per effetto della *litiscontestatio* con uno dei debitori.

Ciò condusse il Keller ad ammettere, che nei debiti correali esista una sola obbligazione, mentre le obbligazioni solidali costituivano una pluralità di obbligazioni. Frattanto dovette subito risultargli, come la unità delle obbligazioni correali non sia attuabile in tutti i sensi. Perciò egli credette di poter fare una distinzione nel senso dei giuristi romani, cioè della unità nella « consistenza obiettiva » pur essendovi « diversi rapporti subiettivi ».

Ma però questo assioma non spiega, ciò che esso deve spiegare. Infatti di regola la *litiscontestatio* opera solo tra le medesime parti litiganti. Ora, che nell' obbligazione correale si verificasse invece un effetto oltre le parti litiganti, non è reso chiaro dal fatto che l'obbligazione sia unica (2). I vari debitori correali non sono nulla di meno diversi subietti.

Quindi i giuristi romani non fanno derivare la *consumptio* nè direttamente nè indirettamente dalla pretesa unità della obbligazione (3). La generale efficacia distruttrice della *litiscontestatio* non era conseguenza di simili riflessi scolastici, ma era un portato della necessità, e della rigidezza dell' antica procedura. Un pericolo nel debito correale è appunto quello, che si possa avere una doppia esazione dell'oggetto dovuto, invece di un unico pagamento da parte dell'uno o dell'altro debitore.

Esso era particolarmente a temersi nell'antica procedura romana. Se si fossero ammesse delle azioni dirette all' intero contro ognuno dei debitori correali, la conseguenza necessaria sarebbe stata una doppia condanna (4). Ma la doppia condanna nell'antica procedura romana

---

(2) Cfr. specialmente FITTING, *loc. cit.*, pag. 62.

(3) Fr. 5, D. *de fideiussoribus*, 46, 1. ULPIANUS, libro 46, *ad Sabinum* « ... si « reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. « plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obli- « gationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium « deduceretur, altera consumeretur ». A ragione osserva l' UNGER, *loc. cit.*, pag. 257: « Con ciò si enuncia chiaramente, come sussistano due obbligazioni, e come l'una dedotta *in iudicium* consumi anche l'altra. Così la generale efficacia della *litis contestatio* non viene dai Romani ricondotta all'unità della obbligazione correale ».

(4) Se al tempo dello *ius strictum* si fosse permessa un' azione successiva contro ognuno dei debitori, il creditore avrebbe inevitabilmente ottenuto parecchi giudicati, poichè il giudice doveva solo domandare: se il debitore era obbligato *litis contestatae tempore,* ed allora i *iudicia* non erano *absolutoria* — cfr. vol. I, § 154 —; ma poichè il giudizio era senz'altro eseguibile, vari giudicati avrebbero dato al creditore il diritto della doppia esazione. Cfr. il mio *Diritto privato prussiano* [Preussisches Privatrecht], vol. II, § 47, nota 7. La tendenza

avrebbe autorizzato ad una doppia riscossione. Infatti nell'antico diritto ogni *iudicatum* generava una ineccepibile ed indipendente obbligazione. Di fronte ad esso non si poteva richiamarsi al rapporto che era di fondamento. Al condannato perciò non poteva più recar giovamento, che l'altro debitore correale pagasse in base alla sua obbligazione.

L'alternativa, davanti alla quale il diritto antico si vide posto, era o la *consumptio* dell'intero rapporto giuridico per effetto di una sola *litiscontestatio*, ovvero la moltiplicazione delle pretese.

La risposta non poteva essere dubbia.

La generale efficacia distruttrice della *litiscontestatio,* era il male minore, — la moltiplicazione dei giudicati era un male assai maggiore, una negazione dell'idea fondamentale di questa forma di credito.

2. Nell'epoca imperiale classica non sussistevano invero più quei rapporti, che prima avevano resa necessaria quella efficacia distruttrice della *litiscontestatio.* In quel tempo era divenuto possibile di difendersi contro un doppio pagamento, ad onta di parecchi giudicati. Ma ormai la generale efficacia distruggitrice della *litiscontestatio* era divenuta per così dire una seconda natura dell'istituto. In considerazione di essa i debitori correali eransi vincolati. Se essi non la volevano, la si doveva escludere mediante patto speciale. Non era compito della giurisprudenza d'immutare in ciò cosa alcuna.

---

del diritto romano antico, di concedere sempre un'azione, soltanto a causa della medesima partita patrimoniale, deriva anche dalla precedente configurazione della novazione: cfr. quanto si è osservato più sopra, § 60, nota 6. — Con la spiegazione da me data concordano HARTMANN, *loc. cit.*. pag. 7; KOHLER, nella *Rivista critica trimestrale,* Nuova Serie [Kritische Vierteljahrsschrift, n. F.], vol. XI, pag. 212; contro di essa osserva l'UNGER, *loc. cit.,* vol. XXII, pag. 258: Questa spiegazione « esterna », derivata dal meccanismo dell'antica procedura, starebbe in contraddizione coi responsi dei giuristi romani, i quali derivano piuttosto quella efficacia dall'intima natura delle obbligazioni correali. Ma non si fa parola nelle fonti di tale « intima » natura. Anche le caratteristiche che vengono impresse ad un istituto per mezzo di circostanze estrinseche appartengono alla sua natura. UNGER, *loc. cit.,* pone il fondamento della generale efficacia distruttrice della *litis contestatio* in ciò, « che tutti i condebitori formano una unità di persone collettiva; il debitore verbale convenuto si trae dietro i suoi condebitori », « nella sua persona sono tutti gli altri — mediatamente — insieme convenuti, e vengono perciò liberati mediante la *litis contestatio* con lui compiuta. Non è possibile, a parer mio, porsi in più brusco contrapposto con la realtà dei fatti. L'EISELE, *loc. cit.*, pag. 403, da sua parte vuole spiegare la generale efficacia distruttrice della *litis contestatio*, con l'antica massima giuridica: *ne bis de eadem re sit actio*, nella quale non veniva rilevata l'identità delle persone interessate, come neanche nella formulazione della *exceptio rei iudicatae*. Può darsi veramente che ciò abbia fornito alla giurisprudenza antica un punto di appoggio per la detta efficacia della *litis contestatio*. Nondimeno non sta in ciò il fondamento del fenomeno.

3. Altra era la posizione della giurisprudenza dell'epoca imperiale, di fronte alle obbligazioni solidali. Il caso principale di esse era il danneggiamento per delitto od altra colpa di più persone.

Se più persone partecipavano al medesimo delitto, ognuna era passibile di pena, di modo che ciascuna doveva la piena espiazione del danno, come pena, accanto agli altri, laonde derivava di conseguenza la moltiplicazione delle azioni di danno (5). Quando questa eccezionalmente appariva troppo esorbitante, sembrando giusto un unico risarcimento, rimaneva in origine solo il mezzo della *consumptio* di tutte le azioni, mediante una sola *litiscontestatio*. Su questo punto di vista trovavasi ancora Labeone (6).

---

(5) In particolare, nel caso del colposo danneggiamento di cose ad opera di parecchi, valeva ancora nel diritto romano più inoltrato il principio, che la prestazione dell'uno non liberi il suo cointeressato: fr. 11, §§ 2 e 4; fr. 51, § 1, D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2. In ciò non si aveva una particolare caratteristica della *lex Aquilia*, ma un avanzo del concetto, che in origine era dominante riguardo a tutte le azioni di danni per delitti. [fr. 11 cit.: « Sed si plures servum percus- « serint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet « cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi « occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam « ex lege Aquilia quod alius praestitit alium non relevat, cum sit poena ». « Si « plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aeque veteribus placet omnes « lege Aquilia teneri »; fr. 51, § 1 cit.: « Idque est consequens auctoritati ve- « terum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret « cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt »].

(6) Fr. 15, § 2, D. *quod vi aut clam*, 43, 24; ULPIANUS, libro 71, *ad edictum*: « Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, agendum esse quod vi « aut clam mecum Labeo scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, « licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro « indiviso factum est, singulos in solidum obligare. (si tamen proprio quis eorum « consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum): itaque « alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero: superiore « etenim casu alterius conventio alterum liberat ». Seguendo un suggerimento del Gradenwitz, ritengo per non genuine le parole sopra poste in parentesi. Certo esse non costituiscono una interpolazione, poichè i compilatori non avevano alcuna ragione d'interpolare in tal modo; esse sono un'interpretazione di qualche maestro di diritto acciarpone precedente a Giustiniano, e passarono come glosse nel testo di Ulpiano. Cfr. anche LENEL, *Palingenesia*, vol. II, pag. 840. Se si prendono le mosse da ciò, e l'ipotesi è sufficientemente fondata sulla meschina redazione del periodo e sullo strano concetto che racchiude, si rimuovono le idee svolte dall' EISELE, *loc. cit.*, pag. 427. Se noi leggiamo il testo emendato, Labeone distingue il caso, in cui parecchie persone agirono *communi consilio*, ed allora la stessa prestazione dell'un autore non libera l'altro, — ed il « *superior casus* », nel quale l'autore agì « *iussu meo* », e qui già la « *conventio* » dell'uno libera l'altro. L'alternativa per Labeone era dunque: o la moltiplicazione, o la consumazione. Ulpiano ha copiato il Labeone senza porvi mente. In ciò appunto sta l'interesse storico del passo. Chi voglia spiegarlo secondo il diritto della posteriore

Ma Sabino stabilì un nuovo principio. Se parecchi con un delitto avevano prodotto del danno, ed un unico risarcimento del danno appariva come sufficiente espiazione, doveva non già la *litiscontestatio* con l'uno, ma bensì il sodisfacimento per opera di uno, liberare gli altri danneggiatori (7).

Il malleabile meccanismo processuale dell'epoca dell'impero rese possibile di mandare ad effetto il principio di Sabino.

4. Giustiniano (8) infine dispose, che le fideiussioni e le obbligazioni correali passive, come le semplici obbligazioni solidali, non dovessero estinguersi per effetto della *litiscontestatio* con un debitore, ma solo per effetto del sodisfacimento.

5. Si è tentato ancora in altro modo di dar fondamento alla teoria della unità delle obbligazioni correali (9). Ma tutte le ragioni addotte non reggono ad un attento esame.

---

epoca imperiale, deve far violenza ad esso, come fanno il Ribbentrop, *loc. cit.*, pag. 105, ed il Mommsen, nella sua nota al passo, ove egli propone la lezione « *conventio immo perceptio* »; cattivo modo di armonizzare le Pandette.

(7) Che Sabino di preferenza collegasse la liberazione del debitore *ex delicto* tenuto in solido alla *perceptio*, risulta dal fr. 8, D. *quod falso tutore*, 27, 6, Paulus, libro 12, *ad edictum*, riguardo a parecchi falsi tutori rei di dolo: « et « ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id « quod deest Sabinus scribit ». Con ciò concorda il fr. 1, §§ 13, 14, D. *de vi*, 43, 16: « Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino « sive procuratore agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri (il Ribbentrop, « *Obbl. correali*, pag. 94, legge « conventione alterum ») eximi, sic tamen si ab « altero eorum litis aestimatio fuerit praestita ». Non è esatta l'opinione di Eisele, *loc. cit.*, pag. 433, che siffatte limitazioni di quanto prima si è esposto, nei frammenti dei giuristi romani, mostrino senza dubbio la mano dei compilatori. No, i giuristi romani hanno spesso riferito in primo luogo semplicemente le opinioni dei loro predecessori, vale a dire il diritto dei giuristi tramandato per tradizione, e solo allora vi hanno aggiunto le modificazioni che loro sembravano opportune. Del resto l'opinione di Sabino non incontrò punto subito l'approvazione di tutti, e più d'una osservazione dei giuristi classici, che collegava ancora la liberazione dei debitori solidali *ex delicto* alla *conventio* di uno di essi, è possibile di certo che sia stata messa in armonia con quella opinione solo dai compilatori, per mezzo d'interpolazioni.

(8) C. 28, §§ 2 e 3, Cod. *de fideiussoribus*, 8, 40, Iustinianus: « Idemque in « duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium credi- « tori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones « integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim « pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari « adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur? ».

(9) L'unità delle obbligazioni correali viene tuttora mantenuta dai trattati. In particolare l'obbligazione correale è pel Windscheid, vol. II, § 293, « una obbligazione unica con una pluralità di rapporti subiettivi »; analogamente Arndts, § 214; Wendt, *Pandette*, § 209. Brinz, vol. II, pag. 235, ammette l'unità della obbligazione nelle obbligazioni solidali come nelle correali. Contro la teoria del-

Certo i Romani stessi parlano a volte di « una » obbligazione, ma ugualmente, e forse più spesso, parlano di parecchie obbligazioni, più d'una volta nel medesimo passo, alternando le due espressioni. È impossibile quindi che l'unità della obbligazione sia stata un dogma romano, e la pietra fondamentale dell'obbligazione correale romana. Ivi dunque « *una obligatio* » non può significare altro che « un rapporto obbligatorio » « una partita patrimoniale » (10). Trattasi di « un oggetto del debito », ma di « parecchie obbligazioni » (11).

Infatti anche una di queste obbligazioni può essere condizionata od a termine, e l'altra no (12). Ciò non può conciliarsi con la teoria dell'unità dell'obbligazione.

E ove si parli dell'unità dell'obbligazione nella sua consistenza obiettiva, e di una pluralità nei rapporti subiettivi, come dovrà spiegarsi che nel caso in cui un debitore correale erediti dall'altro, il primo è ormai tenuto per ambedue le obbligazioni? (13). Eppure qui vi ha un solo debitore, un solo rapporto subiettivo. Perciò questa pluralità deve necessariamente ricercarsi nel contenuto obiettivo dell'obbligazione (14).

---

l'unità si son dichiarati recentemente in particolar modo il Czyhlarz, *loc. cit.*; Eisele, *loc. cit.*; sino ad un certo grado anche Unger, *loc. cit.*; inoltre Mitteis, *loc. cit.*, pag. 48, 49; come pure Kuntze, *Obbligazioni*, 1886, pag. 141. Anche il Fitting, *loc. cit.*, l'avversa. Egli vede l'essenza dell'obbligazione correale in ciò, che la persona del debitore o del creditore sia ancora incerta, il che cessa solo in seguito per via della scelta. Cfr. contro di ciò gli scrittori citati nel Windscheid, vol. II, § 293. Il Brinz suppone una reciproca rappresentanza dei creditori e debitori correali, concetto che il Waldner, *loc. cit.*, cerca di svolgere più ampiamente. Ma a ragione espone il Mitteis, *loc. cit.*, pag. 53, come esso si discosti del tutto dalla retta via. Il Hölder sostiene una fittizia identità delle singole pretese. In senso contrario Unger, *loc. cit.*, negli *Annali di* Ihering, vol. XXIII, pag. 106.

(10) Cfr. più sopra § 1, nota 4.

(11) § 1 Ist. *h. t.*, 3, 16: « Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus « solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque « tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter « solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat. Le *Istituzioni* di Giustiniano hanno tolto il titolo *de duobus reis* dalle *Istituzioni* di Florentino, come risulta dalla comparazione del § 2 I. *h. t.*, col fr. 7, D. *h. t.*, 45, 2, Florentinus, libro 8, *Institutionum*.

(12) § 2 Ist. *h. t.*, 3, 16; fr. 7, D. *h. t.*, 45, 2; cfr. fr. 9, § 2, D. *h. t.* [§ 2 cit.: « Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub condicione obli- « gari potest: nec impedimento erit dies aut condicio, quo minus ab eo qui pure « obligatus est petatur »; fr. 7 cit. (Florentinus): « Ex duobus reis promittendi « alius in diem vel sub condicione obligari potest: nec enim impedimento erit « dies aut condicio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur »; fr. 9, § 2, riportato al § 71, nota 5].

(13) Fr. 5, D. *de fideiussoribus*, 46, 1, riportato più sopra nota 3.

(14) Sulla questione, se il creditore possa cedere il credito contro uno dei debitori, mentre conserva il credito contro gli altri, cfr. Schott, *Sulla cessione delle*

Crediti e debiti correali costituiscono di conseguenza, come i solidali, parecchie obbligazioni. Solo nelle prime le parti sono vincolate da un legame più stretto, che nelle obbligazioni semplicemente solidali.

§ 73. — Le obbligazioni correali passive.

Le obbligazioni correali passive ed attive hanno veramente nella loro costruzione giuridica molto di comune, ma hanno però una destinazione assai diversa. Laonde è opportuno considerarle separatamente, e non già, come più spesso avviene, congiuntamente. Perciò che riguarda anzitutto l'obbligazione correale passiva.

1. Il creditore può convenire a piacimento ognuno dei debitori correali per l'intero e per una parte del debito (1).

Egli è anche autorizzato, a citare tutti i debitori per l'intero, cioè in cause separate, ovvero in un solo procedimento (2).

La novella 99 accordava ai debitori correali, prendendo a modello il diritto di parecchi fideiussori, il *beneficium divisionis*. Il giudice doveva d'ufficio chiamare in giudizio i debitori non citati ed assenti, discutere la causa con tutti insieme, e condannarli tutti in proporzione. Un tale procedimento d'ufficio non era più conciliabile col diritto procedurale della legge di procedara civile. Perciò, in luogo di esso, più d'un giu-

---

obbligazioni correali [Ueber Cession von Korrealobligationen]. Dissertaz. Univ. Breslavia, 1897; contro di lui il BINDER, *loc. cit.*, pag. 243.

(1) Fr. 3, § 1, *h. t.*, 45, 2 [« Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum « solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum « sit obligatus possitque ab alterutro peti et partes autem a singulis peti posse « nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus. « utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, « omnes liberentur, sive solvatur, ab altero liberatio contingat »]. Cod. civ. germ., § 421 [« Se parecchi individui devono una prestazione in guisa, che ognuno sia sia obbligato ad eseguire l'intera prestazione, ma il creditore sia autorizzato a richiedere la prestazione solo una volta (debitori solidali), il creditore può a suo piacimento richiedere la prestazione da ognuno dei debitori per intero o per una parte. Sino all'eseguimento della intera prestazione tutti i debitori rimangono obbligati »].

(2) Nell'epoca classica era inammissibile un'azione comune contro tutti i debitori correali diretta all'intero. Anche ciò riposava sulla tradizione dell'antico diritto. Una condanna correale non avrebbe corrisposto alle esigenze, che nell'epoca antica si pretendevano da un giudicato. Il giudizio doveva allora essere determinato, e costituire una solida base per l'esecuzione. Perciò la c. 1, Cod. *de fideiussoribus tutorum*, 5, 57, dice per i fideiussori: « in solidum et cum reo et cum fideius- « soribus agi iure non potest ». Che lo stesso valga per i debitori correali, risulta dal fr. 3, § 1, *h. t.*, 45, 2. D'altra opinione è invero l'UNGER, *loc. cit.*, vol. XXII, pag. 230, nota 55. Ma i testi da lui adottati non la comprovano.

rista accordava al debitore correale convenuto, addirittura l'eccezione della divisione, od anche ammetteva che i debitori correali potevano essere convenuti solo tutti insieme, di modo che all'azione intentata soltanto contro di uno si potesse opporre la cosiddetta *exceptio plurium litisconsortium*. Ma il Tribunale dell'Impero ritenne inammessibile di introdurre, in luogo del rimedio giuridico di Giustiniano, non più applicabile, degli altri rimedi più svantaggiosi ai diritti del creditore. Esso ritenne di conseguenza come priva di valore pratico la novella 99 (3). Il Codice civile non ha accolto il *beneficium divisionis*.

2. Ognuno dei debitori correali si obbliga indipendentemente. Una reciproca responsabilità per la colpa del debitore non deriva quindi logicamente dal concetto dell'obbligazione correale. Ma essa corrisponde nondimeno agl'interessi del commercio, e perciò anche alla normale intenzione delle parti contraenti. Essa è anzitutto opportuna quando parecchi assumono insieme un lavoro, per es., la fabbrica di una casa (4). Anche in altre prestazioni, particolarmente nella consegna di cose, essa parve opportuna. Perciò la reciproca responsabilità per la colpa del condebitore divenne teoria dominante (5).

---

(3) È stato sempre finora controverso in alto grado il senso della novella 99. Una profonda storia dommatica, e la interpretazione di essa offre il Wieding, *Nov.* XCIX, 1857 : *a*) L'opinione comune già difesa dalla glossa portava, che la novella accordasse il *beneficium* a tutti i debitori solidali ; *b*) All'incontro venne spesso affermato, sino dal Rinascimento, che la novella si riferisca solo al caso, che i vari debitori correali si fossero reciprocamente prestata garanzia. Tale era segnatamente il concetto di Aloandro. Nel nostro secolo esso venne a preferenza difeso dal Savigny, *Dr. Obbl.*, vol. I, pag. 279. Ma come più sopra, § 71, nota 6, si è accennato, questa era solo la formula, nella quale i notai solevano redigere il debito correale. Giustiniano volle invece riguardare l'obbligazione correale come tale. Sarebbe incomprensibile, che il creditore dovesse vantare contro i suoi debitori minori diritti, quando essi si fossero doppiamente obbligati di fronte a lui, cioè come debitori correali e come fideiussori, anzichè quando si fossero obbligati semplicemente come debitori correali ; *c*) Altri ancora riferiscono il *beneficium* al caso, che nel debito correale si avesse in sostanza una intercessione reciproca. Così il Vangerow, vol. III, § 573, nota 4, come pure il Windscheid, vol II, § 293, nota 10. Ma il tirare in ballo questa questione spesso dubbia, nel giudizio del creditore contro il debitore correale, sarebbe stata una assurdità di Giustiniano, che non è lecito d'imputargli senz'altro. Il Trib. Imp., vol. XII, pag. 219 aveva sottratto a queste controversie il loro valore pratico, considerando il disposto della novella come antiquato, in conseguenza della modificazione delle istituzioni di procedura. Contro il Trib. Imp. Hellmamm, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXVIII, pag. 396 sgg.

(4) Fr. 5, D. *h. t.*, 45, 2 [rip. al § 71, nota 7].

(5) Fr. 18, D. *h. t.*, 45, 2. Pomponius, libro 5, *ex Plautio* : « Ex duobus reis « eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet ». Cfr. fr. 5, § 15, D. *commodati*, 13, 6 [« Si duobus vehiculum commodatum sit vel « locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse utrum « unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in

Di conseguenza ogni debitore correale dovrà ritenersi responsabile anche per la mora del condebitore (6).

3. Giustiniano dispose, che l'interruzione della prescrizione per mezzo di uno dei creditori correali, o di fronte ad uno dei debitori correali, abbia effetto pro e contro tutti (7). Ciò ha il suo fondamento nel diritto della prescrizione. Il creditore qui non si considera come negligente.

4. Quali avvenimenti, che riguardino solo l'obbligazione di uno dei debitori correali, hanno generale efficacia distruggitrice?

a) Il pagamento libera tutti i debitori correali (8).

« solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis cor- « poris dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. « usum autem balinei quidem vel portibus vel campi uniuscuiusque in solidum « esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo « commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia « loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et « custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habe- « buntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit « furti actio »]. Pomponio non può, come l'UNGER, *loc. cit.*, pag. 250, ritiene, aver pensato a casi, in cui al convenuto sia personalmente imputabile una colpa, per non avere egli preservato la cosa dovuta dal danneggiamento ad opera dell'altro contraente. Infatti i debitori *ex stipulatu* non erano tenuti per le omissioni colpose; fr. 91, pr. *de verb. obl.*, 45, 1 [riportato al § 37, nota 2]. Sui diversi tentativi di spiegare la decisione di Pomponio, cfr. HÖLDER, *Pubbl. Fest.*, pag. 58 e MITTEIS nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XIV, pag. 465; come pure LONGO, negli *Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento* di FILIPPO SERAFINI, 1892, pag. 341. Assai esattamente il HARTMANN, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXIII, pag. 395. Secondo il Cod. civ. germ., § 425, finchè dal rapporto obbligatorio non risulti altrimenti, non ha luogo una responsabilità reciproca per la colpa del condebitore.

(6) Certo MARCIANO, libro 4, *regularum*, fr. 32, § 4, D. *de usuris*, 22, 1, dichiara: [« Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet ». Ciò non può conciliarsi, a nostro avviso col concetto della reciproca responsabilità, da cui parte Pomponio. Ma a Pomponio dev'essere data la preferenza, perchè il suo concetto meglio corrisponde all'intenzione dei contraenti. L'UNGER, *loc. cit.*, pag. 248, nota 88, qualifica « *misero ripiego* » il ritenere che Pomponio e Marciano fossero stati di diversa opinione. Ma perchè in siffatte questioni i giuristi romani devono essere stati meno spesso di diverso avviso che i moderni? Secondo il Cod. civ. germ., § 425, capoverso 2°, i debitori solidali non sono responsabili per la mora di un condebitore.

(7) C. 4. Cod. *h, t.*, 8, 39 [rip. § 71, n. 5]. Diversamente il Cod. civ. germ, § 425, capoverso 2° [§ 425: « Altri fatti diversi da quelli indicati nei §§ 422 e 424 operano solo per e contro il debitore solidale nella persona del quale si verificano, in quanto non risulti altrimenti dal rapporto obbligatorio. Ciò vale in particolare della diffida, della mora, della colpa, della impossibilità della prestazione nella persona di un debitore solidale, della prescrizione, dell'interruzione e sospensione di essa, della confusione del credito col debito, e della sentenza passata in giudicato »].

(8) Fr. 3, § 1, D. *h. t.*, 45, 2; § 1, *Ist.*, *h. t.*, 3, 16 [§ 1, *cit.*, riportato § 72, nota 11, fr. 3, rip. sopra n. 1] Cod. civ. germ., § 422, capoverso 1° [« L'adempi-

b) Lo stesso vale senza dubbio pei surrogati del pagamento, cioè per la *datio in solutum*, e per il deposito debitamente eseguito. Inoltre tale medesima efficacia ha anche la novazione con uno dei debitori correali, purchè tanto oltre giunga l'*animus novandi* (9). E senza dubbio tale è anche il caso, quando uno dei debitori correali abbia compensato con un credito a lui spettante, mediante dichiarazione od in via giudiziaria, ed abbia così estinto il debito correale. Ma può il debitore correale compensare con un credito dell'altro? Ciò sarebbe, detto volgarmente, un pagare con la borsa altrui. Si può ammettere solo quando, in conseguenza di una società col debitore correale, o di altro contratto, egli sarebbe autorizzato a fare tale impiego del controcredito del suo socio (10).

c) Per ciò che riguarda la remissione di debito, era per diritto romano diversa quella rivestita della forma dell'*acceptilatio*, e quella compiuta mediante un *pactum de non petendo*.

L'*acceptilatio* con uno dei debitori liberava come il pagamento (11).

Nel *pactum de non petendo* bisognava distinguere, se esso doveva solo profittare alla persona del contraente, se cioè era in *personam*, talchè si limitava esclusivamente a lui, ovvero se era stato convenuto senza un particolare riguardo alla persona del contraente, se cioè era *in rem*. Nell'ultimo caso profittava all'altro debitore correale, se il contraente aveva un interesse alla liberazione di lui, essendo egli obbligato verso di lui per il regresso (12).

Per l'odierno contratto di remissione devono porsi i seguenti principii. Di regola esso opera in favore di colui, alla cui liberazione il

---

mento di un debitore solidale opera anche per gli altri debitori. Lo stesso vale della prestazione in luogo di pagamento, del deposito e della compensazione »].

(9) Cfr. fr. 31, § 1, D. *de novationibus*, 46, 2 [riportato al § 72, nota 1]. Si discosta il Binder, *loc. cit.*, pag. 212.

(10) Fr. 10, D. *h. t.*, 45, 2, riportato sopra al § 63, nota 8. Cod. civ. germ., § 422, capov. 2° [« Un credito che compete ad un debitore solidale non può essere compensato dagli altri debitori »].

(11) Fr. 2, D. *h. t.*, 45, 2 [riport. al § 72, nota 1]; fr. 16, D. *de acceptilatione*, 46, 4: [« Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, « sed et hi, qui secum obligantur: nam cum ex duobus pluribusque eiusdem « obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam « ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptila- « tione solutus est. Si iudicati fideiussor sit datus acceptus eique accepto latum « sit, liberabitur et iudicatus »].

(12) Fr. 21, § 5, D. *de pactis*, 2, 14: [« In his, qui eiusdem pecuniae exa- « ctionem habent in solidum vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus « alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur. et in rem pacta omnibus « prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit. « itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet »]. Su parecchie controversie al riguardo vedi Vangerow, vol. II, § 573, pag. 94.

contraente ha interesse. Ma l'opinione delle parti può essere anche, che solo il paciscente debba essere liberato per la sua persona. Ed è infine possibile, che il creditore si dichiari sodisfatto come per via di pagamento, talchè l'intero rapporto obbligatorio rimanga estinto. Ciò deve segnatamente ammettersi, quando siasi rilasciata quietanza senza riserva (13).

d) Se il creditore eredita da uno dei suoi debitori correali, la confusione in sè e per sè non libera il condebitore di lui. Ma se però i due erano in un rapporto di società, il creditore non può pretendere quella parte di debito, che egli dovrebbe restituire, se il suo condebitore avesse pagato per intero (14).

e) Era opinione dominante, che la sentenza assolutoria ottenuta da un debitore correale profittasse anche al condebitore di lui, presupposto che essa avesse negato la esistenza del debito correale come tale, e non già semplicemente l'obbligazione del debitore convenuto. Ma questa opinione era inesatta. Infatti secondo i principii generali, la sentenza ha forza di legge solamente tra le parti in causa. Ed in niun luogo nelle fonti si fa eccezione a ciò pei debitori correali. Una ecce-

---

(13) Così anche il MITTEIS, nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XIIII, pag. 445. Cfr. Cod. civ. germ., § 423: [« Una remissione convenuta tra il creditore ed uno dei debitori solidali ha efficacia anche rispetto agli altri debitori, quando i contraenti vollero rimuovere l'intero rapporto obbligatorio »]. Il giuramento deferito ad uno dei debitori correali giovava anche agli altri, se quello col giuramento, negava il debito: fr. 28, § 3, D. *de iurerando*, 12, 2. Ciò era una conseguenza dell'assioma romano (fr. 27, D. *de iurerando*, 12, 2, GAIUS, libro 5, *ad edictum provinciale*): « iusiurandum loco solutionis cedit », stabilito in connessione all'editto pretorio (fr. 34, § 6, D. *eod.*): « solvere aut iurare cogam ». Ma a ragione osserva il MITTEIS, *L'individuazione dell'obbligazione*, pag. 90, che la cura di escludere la possibilità di giuramenti contraddittori contribuì a determinarlo. Perciò il giuramento — fr. 2 *eod.* — ha pure « maiorem auctoritatem quam res iudicata » [fr. 28 cit.: « Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri « quoque prodesse debebit »; fr. 34 cit.: « Ait praetor: ' Eum, a quo iusiurandum « petetur, solvere aut iurare cogam ': alterum itaque eligat reus, aut solvat aut « iuret: si non iurat solvere cogendus erit a praetore »; fr. 2 cit.: « Iusiu- « randum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam « res iudicata »].

(14) Fr. 71 pr., D. *de fideiussoribus*, 46, 1 [rip. al § 67, nota 7]; KRETSCHMAR, *La confusione*, pagg. 156, 168. Nei casi di liberazione di uno dei debitori per *capitis deminutio*, l'altro restava tuttavia tenuto: fr. 19, D. *h. t.*, 45, 2; così pure una eventuale *restitutio* dell'uno dei debitori correali contro l'assunzione dell'obbligazione non opera a favore del condebitore [fr. 19 cit.: « Cum duo « eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemptus est obligatione, « alter non liberatur. multum enim interest, utrum res ipsa solvatur an persona « liberetur. cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus: et « ideo si aqua et igni interdictum est, alicuius fideiussor postea ab eo datus « tenetur »].

zione s'incontra pei rapporti di fideiussione (15). Ma obbligazioni correali e fideiussioni non devono identificarsi.

La nostra opinione corrispondeva alla legge di procedura civile. Infatti secondo essa dispone, ai giudicati si attribuisce forza di legge solo in quanto la decisione ha luogo sulla pretesa affacciata con l'azione. Ma la pretesa contro l'uno dei debitori correali è differente da quella contro dell'altro (16). Anche secondo il Codice civile (17), la sentenza passata in giudicato opera solo a favore del debitore che l'ha otteuuta.

5. Il debitore correale, che ha pagato il debito per intero, od almeno oltre la sua porzione virile, ha regresso contro gli altri che egli ha con ciò liberati? (18).

Il pagamento dell'intero debito non può essere di fondamento, per sè, al regresso di chi ha pagato, contro i suoi condebitori correali. Egli ha estinto il proprio debito, non ha gerito il negozio di un altro. Logicamente dunque il regresso si può fondare solo sul rapporto, che ha determinato le parti ad assumere il debito correale.

Ma l'attenersi rigorosamente a questo punto di vista porta a spiacevoli risultati. Il chiarire il rapporto di base, e su di esso fondare il regresso, spesso potrà riuscire solo dopo minuziose prove, spesso non riuscirà per nulla affatto. E pur nondimeno il condebitore è liberato per opera di chi ha pagato, ed il regresso è nel maggior numero dei casi giusto. Perciò l'azione di regresso deve presumersi come ben fondata, quando uno dei debitori correali abbia pagato oltre la sua porzione virile; il condebitore convenuto, a toglier forza a tale presunzione, dovrà da parte sua dimostrare quale sia il rapporto fondamentale, e come esso escluda il regresso contro di lui (19-20).

---

(15) Fr. 42, § 3, D. *de iureiurando*, 12, 2. POMPONIUS, libro 18, *regularum*: « Item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia et res iudicata secundum « alterutrum eorum utrique proficeret ». Le ultime parole sono probabilmente interpolate, poichè al tempo di Pomponio la *litiscontestatio* con l' uno liberava anche l'altro debitore. In ogni modo, nulla giustifica di oltrepassare il caso della fideiussione. Concorda con ciò il BINDER, *loc cit.*, pag. 251.

(16) Legge di procedura civile, § 301. Così anche il MITTEIS, nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XIV, pag. 456; in senso contrario HARTMANN, nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. L, pag. 133 e nell'*Archivio pel diritto svizzero,* Nuova Serie [Arch. für schweizerisches Recht, Neue Folge], vol. VI, pag. 124.

(17) Cod. civ. germ., § 425 capoverso 2° [riportato più sopra alla nota 7].

(18) È questa un' antica questione; cfr. già la glossa « *iuvare* » alla c. 2, Cod. *h. t.* In favore dell'opinione, che il pagamento da parte di un debitore correale dia fondamento al regresso, stanno W. SELL, nella *Rivista* del LINDE, vol. III, n. 21; vol. IV, n. 2; SAVIGNY, *Dr. Obl*, vol. I, pag. 240; cfr. anche KOHLER, negli *Annali* di IHERING, vol. XXV, pag. 118. In senso contrario si dichiararono SCHRÖTER, nella *Rivista* del LINDE, vol. VI, pag. 415; VANGEROW, vol. III, § 573, pag. 75; WINDSCHEID, vol. II, § 294, nota 2.

(19) Dal fr. 62 pr. *ad legem Falcidiam*, 35, 2, di ULPIANO e rispettivamente di GIULIANO, risulta indubbiamente, che secondo i principii il regresso non è con-

§ 74. — Le obbligazioni correali attive.

1. Caratteristica delle obbligazioni correali attive è l'indipendenza e l'incondizionalità dei diritti di ognuno dei creditori.

Ogni creditore può agire in giudizio per l'intero oggetto dell'obbligazione. Egli non ha bisogno dell'assenso degli altri creditori. Ognuno può reclamare il pagamento per intero. Ad ognuno di essi può essere per intero offerto dal debitore. Ognuno può indipendentemente agire per l'intero, e dà origine così alla giuridica pendenza dell'intera pretesa. Se egli vince, gli altri creditori sono esclusi (1).

---

seguenza del rapporto correale in sè, ma del rapporto di società od altro simile, che sta di base [fr. 62 pr. cit.: « In lege Falcidia hoc esse servandum Iulianus « ait, ut, si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint « in ea re, dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae « stipulati essent vel promisissent: quod si societas inter eos nulla fuisset, in « pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cuius « bonis detrahi »]. Tuttavia già in Roma si cercò, il più che fu possibile, di facilitare il regresso. Da ciò si spiega il fr. 11 pr. D. *h. t.*, 45, 2, di Papiniano, libro 11, *responsorum*, della cui intelligenza finora niuno — neanche il Mitteis, *L'individuazione dell'obbligazione*, pag. 69 — è venuto a capo. Papiniano pone a base della sua disamina le formule usuali nella pratica, secondo cui i debitori correali promettevano « invicem nos obligantes atque fide dicentes »: cfr. più sopra § 71, nota 6; egli riferisce, essere comune opinione dei giuristi, che il creditore in conseguenza di ciò potesse dividere la sua azione contro il medesimo debitore diretta all'intero, in modo da convenirlo per una metà come debitore principale, e per l'altra metà come fideiussore. Quale l'utilità e lo scopo di tale divisione? Senza dubbio quello di assicurare con essa al debitore, il quale veniva allora condannato ad una metà come fideiussore, il suo regresso contro il condebitore. Certo Papiniano dichiara che il creditore non possa essere costretto a questa forma di azione. Ma da ciò appunto risulta, che almeno ritenevasi come conveniente di agire così, e che non mancava ben anche del tutto una « douce violence » del magistrato. Se questa non aveva efficacia, si accondiscendeva forse a tal forma di agire — per parlare modernamente — contro una « provvigione ». In ogni modo Diocleziano e Massimiano — c. Cod *h. t.*, 8, 39 — hanno direttamente disposto come pratico ed equo, ciò che gli antichi seppero raggiungere solo per via di ripieghi: « Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo « rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum « in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo com- « muniter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur ». Il *correus* che paga deve dunque, da parte sua, per dar fondamento al regresso, fornir solo la prova del pagamento dell'intera somma del debito.

(20) Secondo il Cod. civ. germ., § 426, il pagamento effettuato da uno dei debitori correali dà fondamento al regresso. I debitori solidali, nel loro reciproco rapporto, sono obbligati nel dubbio in parti uguali. I contributi dei condebitori insolventi devono essere sopportati dagli altri debitori. In quanto il debitore solidale soddisfa il creditore, e può dagli altri debitori pretendere il pareggiamento, il credito del creditore contro gli altri si trasmette a lui.

(1) Quale effetto abbia la lite intentata da parte di uno tra parecchi creditori correali era dubbio secondo il diritto comune. Secondo il diritto classico la *litis*-

Ognuno dei creditori può inoltre rimettere il debito, con l'effetto, che anche le pretese dei rimanenti creditori correali sono estinte, il che devesi particolarmente ammettere, quando egli abbia incondizionatamente rilasciato quietanza del debito (2). Egli può persino, mediante

---

contestatio di uno dei creditori correali induceva la *consumptio* dell'intera pretesa: fr. 2, D. *h. t.*, 45, 2 [rip. § 72 nota 1]. Giustiniano non ha abolito ciò con la c. 28, Cod. *de fideiussoribus*, 8, 40, poichè questa si riferisce solo alle obbligazioni correali passive. Secondo il Cod. civ. germ., § 428, il debitore può a suo piacimento prestare ad ognuno dei creditori solidali anche allora, quando uno dei creditori abbia di già intentato la lite [c. 28 cit.: « Generaliter sancimus, quemadmodum « in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter « non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. ... Idemque in duobus reis pro« mittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium « fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et perso« nales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat »].

(2) Secondo il diritto romano il credito di tutti i creditori correali si estingueva, quando uno dei creditori faceva accettilazione al debitore: fr. 13, § 12, D. *de acceptilatione*, 46, 4 [« Ex pluribus reis stipulandi si unus acceptum fecerit, « liberatio contingit in solidum »]. All' incontro un *pactum de non petendo* dell'un creditore correale non nuoceva punto agli altri. Paulus, libro 3, *ad edictum*, fr. 27 pr. D. *de pactis*, 2, 14; fr. 93, D. *de solutionibus*, 46, 3 [fr. 27 cit.: « Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat « exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: « tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo: nam nec « novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra « potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. quod est « verum. idemque in duobus reis stipulandi dicendum est »; fr. 93 cit.: « Si duo « rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur « obligatio. placet non confundi. quo bonum est hoc dicere? quod, si intendat « dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres exstitit, vel ideo, quod « proprio nomine ei deberetur. atquin magna est huius rei differentia: nam si « alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, « is qui heres exstitit utrumne suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis « animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. Item si duo rei sint promittendi et « alter alterum heredem scripsit, confunditur obligatio. Sed et si reus heredem « fideiussorem scripserit, confunditur obligatio. et quasi generale quid retinen« dum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequellae locum optinet, principalis accedit, « confusa sit obligatio: quotiens duae sint principales, altera alteri potius adicitur » ad actionem, quam confusionem parere. Quid ergo, si fideiussor reum heredem « scripserit? confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus « dissentiat »]. Ciò però è assai controverso; cfr. Vangerow, vol. III, § 373, pag. 95. Quanto al Cod. civ. germ., cfr. § 429, capov. 3° [§ 429: « La mora di un creditore solidale opera anche contro gli altri creditori. — Se il credito ed il debito si confondono nella persona di un creditore solidale, i diritti degli altri creditori contro il debitore si estinguono. — Del rimanente trovano corrispondente applicazione le norme dei §§ 422, 423, 425. In particolare, quando un creditore solidale trasmette il suo credito ad un altro, restano integri i diritti degli altri creditori »].

novazione, portare il credito nel campo esclusivo del proprio diritto, e con ciò rimangono estinti i diritti degli altri creditori (3-4);

2. I crediti correali nella massima parte dei casi vengono costituiti in conseguenza di un contratto di società. Può inoltre accadere, che l'uno dei creditori sia mandatario dell' altro, di modo che a lui venga conferita la piena disposizione del credito nei rapporti esterni. Infine è concepibile che non sussista alcun rapporto tra i creditori, come quando per es. viene legata una determinata somma « alla chiesa in X o in Y » di modo che essa spetta a quella delle chiese, che per la prima riscuota il pagamento, ovvero agisca;

3. Da questo cosiddetto rapporto interno dipende, se e sino a qual punto quel creditore, che riscuote il debito od accetta per esso i surrogati dell'adempimento, ovvero ne rilascia quietanza nell' intenzione della totale remissione, sia obbligato alla restituzione di fronte agli altri creditori (5);

4. Se l'uno dei creditori correali sia stato respinto con sentenza passata in giudicato, questa, già pel diritto comune, non ostava agli altri creditori, poichè la sentenza ha forza di legge solo tra le parti. Secondo il codice civile nessun dubbio su di ciò (6).

§ 75. — **Regolamento delle obbligazioni solidali in senso stretto.**

Le obbligazioni solidali in senso stretto sono così varie, che solamente riguardo a singoli punti può stabilirsi una generale teoria di esse.

Per ciò che si riferisce in generale alle obbligazioni solidali passive, esse vengono tutte insieme estinte dal pagamento, dalla *datio in solutum*,

---

(3) Fr. 31, § 1, D. *de novationibus*, 46, 2 [riportato al § 72, nota 1]. Veramente è assai controverso, qual rapporto abbia con ciò il fr. 27 pr., D. *de pactis*, 2, 14. Il miglior partito è quello di ritenere, che Paolo nelle imbarazzanti parole finali « idemque in duobus reis stipulandi dicendum est » vuol dire soltanto, che anche il patto di remissione dell'un creditore non nuoce all'altro, e quindi queste parole devono riferirsi solo alla questione principale, non già al punto occasionalmente trattato, se l'*argentarius* possa novare. Cfr. VANGEROW, vol. III, § 573; si discosta il BINDER, *loc. cit.*, pag. 225.

(4) Il *constitutum* a favore di un creditore correale estingueva, secondo il diritto romano, la pretesa dell' altro creditore, « quia loco eius cui iam solutum « est haberi debet is cui constituitur »; fr. 10, D. *de pecunia constituta*, 13, 5. Ciò non può valere in generale per la promessa di voler pagare, del diritto odierno, ma solo quando siavi l' intenzione della novazione. [fr. 10 cit.: « Idem « est et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum « est, quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur »].

(5) Fr. 62, *ad legem Falcidiam*, 35, 2 [riportato al § 73, nota 19]. Il Cod. civ. germ., § 430, dispone invece: i creditori solidali hanno diritto nei reciproci rapporti ad uguali quote, finchè non sia diversamente stabilito.

(6) Cfr. Cod. civ. germ., § 429, capov. 3°.

dal pubblico deposito, e dalla avvenuta compensazione (1). Diversamente è a dirsi, se il creditore novi il suo credito con uno dei debitori solidali (2). Qui infatti si ha una continuazione del rapporto giuridico in una nuova forma, ma non un definitivo sodisfacimento. Anche la remissione di fronte ad uno dei debitori solidali non libera di regola gli altri (3). L'interruzione della prescrizione di fronte ad uno dei debitori solidali non ha alcun valore di fronte agli altri (4-5).

Non si può in generale determinare se e sino a qual punto tra i vari debitori solidali possa aver luogo il regresso, quando uno fosse stato costretto a pagare l'intero. Se per es. qualcuno sia assicurato per il medesimo danno presso parecchi assicuratori indipendentemente, ed uno degli assicuratori ha prestato l'intero risarcimento del danno, questi non potrà nulla pretendere dagli altri assicuratori (6).

Per diritto romano anche chi in seguito a delitto sia tenuto insieme con altri non ha alcun regresso contro gli altri danneggiatori, se egli paghi l'intero. Se ciò debba ammettersi anche nel diritto comune sarà più tardi esaminato (7).

---

(1) Il diritto, che il fr. 10, D. *h. t.*, 45, 2, riconosce al debitore correale, di compensare con i controcrediti del suo *correus* — cfr. più sopra § 73, nota 10 — non deve ammettersi pei debitori semplicemente solidali. Così ora anche il Mitteis nella ***Rivista di*** Grünhut, vol. XIIII, pag. 468.

(2) Riguardo a questa questione non esistono delle testimonianze decisive delle fonti. Cfr. del resto Mitteis, *loc. cit.*, pag. 455.

(3) Che nelle obbligazioni solidali di regola si deduca una limitata efficacia della remissione, ha la sua ragione in ciò, che di regola in tali rapporti obbligatori l'avente diritto vuol liberare soltanto colui col quale egli contratta, ma non già tutti. Cfr. però Binder, *loc. cit.*, pag. 184.

(4) Diversamente nelle obbligazioni correali passive, cfr. sopra § 73, nota 7.

(5) Una più ampia differenza tra le obbligazioni correali e le obbligazioni semplicemente solidali sta in ciò, che nelle prime, secondo l'esatta opinione, sussiste una reciproca responsabilità per la colpa del condebitore — sopra § 73, nota 5 —; ma non nelle obbligazioni solidali. Se altri cercano la differenza principale nel fatto che la *res iudicata* nelle obbligazioni solidali *ius facit inter partes*, e nelle obbligazioni correali *inter omnes*, tale differenza non è fondata. Cfr. sopra § 73, nota 16.

(6) È evidente, che in tal caso non trovi applicazione il § 426 del Cod. civ. germ. [cfr. § 73, nota 20].

(7) I maggiori particolari al riguardo vedi al § 129.

Capitolo II.

La fideiussione.

I. — *Introduzione storica.*

§ 76. — La fideiussione stipulata.

1. Il contratto con un creditore, mediante il quale per sicurezza del medesimo alcuno si obbliga accanto al debitore (1), dicesi fideiussione. All'uopo si adoperava in Roma la stipulazione. Prima di Giustiniano esistevano, l'una accanto all'altra, tre forme per la garanzia stipulata (2):

a) La più antica era la *sponsio*, con le parole « *idem spondes?* » e questa era accessibile solo ai cittadini romani;

---

(1) Tit. Inst., *de fideiussoribus*, 3, 20; Dig. *de fideiussoribus*, 46, 1; Cod. 8, 40. Bibliografia: Girtanner, *La fideiussione* [Die Bürgschaft] 1851; Hasenbalg, *La fideiussione* [Die Bürgschaft] 1870. La seconda parte del libro del Girtanner, pag. 147 sgg., contiene una storia dommatica della fideiussione nel medio evo e nell'epoca moderna, e con ciò ricche indicazioni bibliografiche. O. Geib, *Per la dommatica del diritto romano della fideiussione* [Zur Dogmatic des röm. Bürgschaftsrechts] 1894. Cfr. anche Raff. Corsi, *La fideiussione*, 3ª ed. Bologna, 1893.

(2) Maggiori particolari vedi in Gaio, *Inst.*, III, § 115: [« Pro eo quoque qui « promittit solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios « fideiussores appellamus... »; § 117: « Sponsores quidem et fidepromissores et « fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus ut diligentius nobis cautum « sit. adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut « aliquid post mortem nostram detur: quia enim ita nobis dari stipulando nihil « agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid « fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur »; § 118: « Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissi- « milis »; § 119: « Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt « nisi verborum (quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut « si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam « dari promiserit; at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro « eo sponsor aut fidepromissor obligetur): fideiussor vero omnibus obligatio- « nibus, id est sive re sive verbis, sive litteris sive consensu contractae fuerint « obligationes, adici potest. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis « obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive « extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod « sibi debeatur »; § 120: « Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non « tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius » utatur: fideiussoris autem etiam heres tenetur »].

b) Una forma posteriore, libera anche ai peregrini, era la *fidepromissio*, con la formula « *idem fide promittis* ? ».

Queste due forme di garanzia potevano adoperarsi solo per le obbligazioni verbali. Esse erano inoltre personalissime, nel senso che non trapassavano agli eredi del garante;

c) La più recente forma di garanzia fu la « *fideiussio* », con la formula « *idem fide tua iubes* ? » Era libera ai peregrini. Vincolava anche gli eredi del fideiussore. Poteva aggiungersi ad obbligazioni di qualunque specie, persino future, pel caso della nascita di esse.

2. La fideiussione era in Roma un istituto di grande importanza sociale, e persino d'importanza politica. Si considerava come un dovere d'onore delle classi più distinte quello di entrar garanti pei loro clienti. In tal modo, procuravano a questi del credito, e nel tempo stesso li legavano a sè (3). Ciò rafforzava l'influenza dell'aristocrazia, ma era pure per essa un gravoso carico, e secondo le circostanze ruinoso. Furono perciò emanate al tempo della repubblica numerose leggi popolari, le quali dovevano mitigarne il peso.

Tra queste leggi va particolarmente considerata la *lex Furia*, riguardante gli *sponsores* ed i *fidepromissores* (4). Conteneva essa una doppia

---

(3) Cfr., vol. I, § 261; DERNBURG, *Diritto di pegno*, vol. I, p. 1 sgg.

(4) Cfr. su queste leggi GAIO, *Inst.*, III, § 121 sgg.; vedi anche LENEL, *Edictum perpetuum*, pag. 168. [§ 121 cit.: « Item sponsor et fidepromissor lege Furia « biennio liberantur; et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti « potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio, et singuli in viriles partes « obligantur. fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, « singuli in solidum obligantur. itaque liberum est creditori a quo velit solidum « petere. Sed nunc ex epistula divi Hadriani conpellitur creditor a singulis, qui « modo solvendo sint, partes petere. eo igitur distat haec epistula a lege Furia, « quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc onus « ad ceteros non pertinet: si vero ex fideiussoribus, ad quemque ceterorum « quoque pertinet. Sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, evenit, ut « in ceteris provinciis sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fideiussores » perpetuo teneantur et singuli in solidum obligentur, nisi ex epistula divi « Hadriani hi quoque adiuventur in parte »; § 122: « Praeterea inter sponsores « et fidepromissores lex Appuleia quandam societatem introduxit. nam si quis « horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit adversus ceteros « actiones constituit. quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum « obligabantur. unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Appuliae bene- « ficium supersit. et utique extra Italiam superest; nam lex quidem Furia tantum « in Italia valet, Appuleia vero etiam in ceteris provinciis. sed an etiam in Italia « beneficium legis Appuliae supersit, valde quaeritur. Ad fideiussores autem lex « Appuleia non pertinet. itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, huius « solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fideiussit solvendo non sit. sed « ut ex supradictis apparet, is a quo creditor totum petit, poterit ex epistula divi « Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio »; § 123: « Praeterea lege

disposizione. In prima tali garanti vennero liberati dopo il decorso di due anni; poi l'obbligazione si divise di diritto tra i vari garanti del medesimo debito. I *fideiussores* non erano sottoposti alla *lex Furia*, evidentemente perchè la *fideiussio* sorse soltanto dopo la *lex Furia*, e perciò non era colpita dalla lettera di essa.

3. Nel diritto giustinianeo le più antiche forme della garanzia erano cadute in disuso; perdurava ancora soltanto la *fideiussio*. Anche quest'istituto aveva un carattere rigoroso. In particolare la *fideiussio* era nulla, se eccedeva o riguardava oggetto diverso da quello del debito principale.

4. Quale rapporto aveva la *fideiussio* con l'obbligazione correale?

I moderni la designano per lo più come una specie di quest'ultima (5). Il debito principale e la fideiussione devono costituire un'unica obbligazione (6), a sostegno di che si porta in campo anzitutto la

---

« Cicereia cautum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat « palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepro- « missores in eam obligationem accepturus sit: et nisi praedixerit, permittibur « sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praeiudicium postulare, quo « quaeratur, an ex ea lege praedictum sit: et si iudicatum fuerit praedictum non « esse, liberantur. Qua lege fideiussorum mentio nulla fit: sed in usu est, etiam « si fideiussores accipiamus, praedicere »]. Si ricordi tuttora più specialmente la legge Cornelia, che noi giustamente attribuiamo a Silla: « Qua lege idem pro « eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari cre- « ditae pecuniae quam in XX milia », GAI, *Inst.*, III, § 124.

(5) Vedi gli scrittori citati dal SAMHABER, *Obbligazione correale*, pag. 170. Contro, tra gli altri ARNDTS, § 350, nota 4; CZYHLARZ, nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. III, pag. 102.

(6) Spesso viene oggi insegnato, che il contratto di fideiussione possa avere un vario contenuto. Così sarebbe possibile: 1° che il fideiussore prenda sopra di sè l'obbligazione del debitore principale; con ciò egli non costituirebbe una nuova obbligazione per sè, ma estenderebbe a sè l'obbligazione del debitore principale, diventando debitore correale accanto a quello. Di tal fatta sarebbe stata la fideiussione romana. 2° Ma il fideiussore può anche per sè assumere una obbligazione speciale, e propriamente diretta ad una prestazione, la quale abbia per contenuto l'obbligazione del debitore principale; egli diventerebbe allora accanto a questo un semplice debitore solidale. A questa direzione della volontà corrisponderebbe il *constitutum* romano. Così, tra gli altri, il WINDSCHEID, vol. II, § 476. Ma il Windscheid stesso aggiunge, che oggi non si abbia più dalle parti la coscienza di tale contrapposto. « Le parti si troverebbero d'ordinario assai imbarazzate, se dovessero rispondere alla domanda, se esse vollero che questa obbligazione passi come tale nel fideiussore, ovvero che per costui debba sorgere una particolare obbligazione, per l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale ». Ciò crediamo anche noi. Ma noi, andando più oltre, affermiamo, che il contrapposto sia in generale inventato di sana pianta, e riposi su di uno scolasticismo estraneo tanto ai Romani, quanto ai moderni rapporti giuridici. Da che cosa sia costituito il contenuto della stipulazione di garanzia, ci è detto dalle formule di essa « idem dare spondes? »

generale efficacia distruttrice della *litiscontestatio* con uno dei debitori. Ora che questa ragione non sia decisiva, risulta dai concetti precedentemente svolti. In nessun luogo i Romani designano la *fideiussio* come un debito correale. Piuttosto, malgrado di più d'una somiglianza, trattasi di cose diverse. I debitori correali sono debitori principali, i fideiussori sono semplicemente accessori.

§ 77. — Negozi con effetto di garanzia.

Parecchie forme di negozi, che in sè non sono destinate a garanzia, si lasciano nondimeno utilizzare come tali. Così oggi avviene l'assunzione di debiti anche a scopo di garanzia (1). Presso i Romani potevasi impiegare il *constitutum*; anche il mandato oggi, come in Roma, si presta per la garanzia.

1. Nel costituto i Romani pensavano anzitutto alla promessa del pagamento di un debito proprio. Nell'epoca imperiale intanto si accordava l'*actio de pecunia constituta*, anche se si era promesso il pagamento del debito altrui, — il cosiddetto *constitutum debiti alieni* (2).

Il fideiussore, nella stipulazione, promette la medesima cosa che il debitore principale come obbligato sussidiario. Non mai si dice, che egli estenda su di sè l'obbligazione del debitore principale, o che egli assuma un proprio debito. La sua obbligazione è dunque di natura diversa da quella dell'obbligazione principale; essa è accessoria: come dunque potrà essere l'obbligazione del debitore principale? Che trattisi di una obbligazione speciale, di un proprio debito del fideiussore, è detto per giunta da Gaio, III, § 126: « Horum obligatio accessio est « principalis obligationis ». L'unico appoggio del dogma dominante trovasi, per quanto a noi pare, nel fr. 1, § 8, D. *de obligationibus et actionibus*, 44, 7. Gaius, libro 2 *aureorum*: « Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: « qui autem alieno nomine obligatur fideiussor vocatur, et plerumque ab eo, quem « proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur. » Per l'obbligazione principale è tenuto anche il fideiussore! Naturalmente, infatti essa è la base e la condizione dell'obbligazione accessoria da lui assunta. Di più non può ricavarsi dal testo di Gaio, il quale non voleva d'altra parte formulare punto un dogma.

(1) Se si ha una fideiussione mascherata nella forma di una cambiale (girata od accettazione), la fideiussione è esaurita nel caso dell'inefficacia dell'obbligazione cambiaria, se doveva essere prestata mediante la cambiale. Ma le parti possono avere avuto in mira una duplice garanzia, e cioè in primo luogo una cambiaria, ed eventualmente una ordinaria. Che ciò si fosse convenuto dev'essere provato dal creditore. Trib. Imp. comm., vol. II, pag. 366; Trib. Imp., vol. IV, pag. 11.

(2) Sul *constitutum* ed il *receptum*, vedi particolarmente il Lenel, nella *Rivista per la storia del diritto* [Zeitschrift für Rechtsgeschichte], volume XV, pag. 62; Bekker, *ivi*, vol. XVI, pag. 1; Rossello, nell'*Archivio giuridico*, vol. XLV, pag. 1; E. Serafini, *ivi*, pag. 553; vedi anche Lenel, *Edictum*, pag. 104 e 197; e sul *constitutum* in generale cfr. più sopra § 69.

Non sempre però tale promessa avveniva a fine di assicurazione; essa poteva avere in mira anche altro scopo, particolarmente un'assunzione di debito. Certo nell'epoca classica assai di rado si costituivano garanzie mediante *constitutum* (3). Di fatti ciò significava addossarsi la pena, pel caso del mancato pagamento, della metà dell'oggetto della controversia, ed obbligarsi al pagamento anche quando il debito principale non più esisteva al tempo dell'azione, purchè fosse esistito solo al tempo del costituto.

All'incontro era frequente la garanzia mediante il *receptum*.

Receptum era la promessa di pagamento di un argentario, per conto di un suo corrispondente, ad un terzo il *receptus*, naturalmente di regola sopra assegno del corrispondente. Il più delle volte l'occasione del *receptum* stava nel fatto, che l'assegnante era debitore del *receptus*: allora esso aveva il carattere di una garanzia; ma l'esistenza di un debito dell'assegnante non era però essenziale per l'obbligazione derivante dal *receptum*. Esso poteva quindi servire anche ad altri scopi oltre quello della garanzia.

Giustiniano fece fondere il *receptum* nel *constitutum* (4).

Ma nel diritto comune non occorreva la garanzia per mezzo del *constitutum*. Veramente negli scritti e nelle esposizioni teoriche dei moderni il *constitutum* rappresentava la sua parte come forma di garanzia; ma si trattava solo di una esistenza apparente, e di semplici fiori di rettorica. E per vero chi accanto ad un altro promette di pagare il debito di lui, per assicurare il creditore, garantisce, ma non dà vita ad un costituto nel senso romano. Egli non può quindi in ispecie essere fatto segno a pretese di sorta, se il debito esistente al tempo della promessa di pagamento, si fosse in seguito estinto (5). Neanche il Codice civile conosce il costituto.

---

(3) Del *constitutum debiti alieni* trattava il fr. 5, §§ 2 e 3, come pure il fr. 2, D. *de pecunia constituta*, 13, 5. Ma la maggior parte dei testi, che parlano nelle Pandette di un *constitutum debiti alieni*, si riferivano in origine, come il Lenel dalle iscrizioni ha dimostrato, al *receptum*. Così segnatamente i ffr. 27, 28 e fr. 12, D. *de pecunia constituta*, 13, 5 [fr. 5, §§ 2, 3. fr. 27, fr. 28, riportati al § 69, nota 15; fr. 2, cit., rip. alla nota 8 ivi; fr. 12, cit.: « Sed et si decem debentur et « decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri »].

(4) Questa fusione avvenne nella c. 2, Cod. *de constituta pecunia*, 4, 18 [riportata al § 69, nota 5]. Cfr. su questo « non mai abbastanza condannabile sbaglio di Giustiniano » Lenel, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, Parte romanistica, vol. II, pag. 62.

(5) Qual risultato si abbia, quando si supponga trattarsi del *constitutum* romano, nel caso della promessa del pagamento di un debito altrui, si rileva assai chiaramente dal caso deciso dal Trib. Imp., vol. X, pag. 186. Il giudice inferiore trattò quella promessa come una « promessa di fideiussione nella forma di un *constitutum* », ma

2. Frequente è il mandato di credito (6) (*mandatum qualificatum*), cioè il mandato conferito ad un banchiere, di far credito ad un terzo, sia che a questo scopo debba esser costituita una nuova obbligazione (7), o che se ne debba prolungare una di già esistente (8).

Un tale negozio è sottoposto alle regole del mandato.

Si estingue perciò, come ogni altro mandato, se il mandante lo ritiri prima della esecuzione di esso, se il mandatario lo disdica in precedenza (nel quale caso egli è responsabile per una disdetta intempestiva), o se il mandante, od il mandatario, premuoia.

Tutte queste regole sono estranee alla garanzia vera e propria. È quindi un equivoco quello di più d'un giurista recente, di voler far rientrare senz'altro il mandato di credito nella fideiussione (9).

Solo dopo la esecuzione del mandato di credito, il rapporto diventa analogo ad una garanzia. Oramai si può parlare di una garanzia per mandato, poichè adesso il banchiere, oltre del debitore principale, ha

---

ritenne tuttavia rilevante l'eccezione, che il debito principale si fosse prescritto dopo la dichiarazione del costituto. La sentenza di revisione invece lamentò che non si fosse fatta attenzione al fr. 18, § 1, D. *de pecunia constituta*, 13, 5, secondo il quale il costituente resta vincolato: « licet post constitutum dies temporalis « actionis exierit ». Ciò era senza dubbio esatto, se la promessa era un costituto. Pur nondimeno il Trib. Imp respinse la revisione, considerando, come una osservazione non essenziale la esposizione del giudice di appello, che la fideiussione si fosse assunta nella forma del costituto. Tale specie giuridica mostra il pericolo del volersi rapportare a concetti giuridici, che non si vogliano nè si possano applicare sul serio. Cfr. anche Geib, *loc. cit.*, pag. 183.

(6) Rothenberg, *Il mandato di credito* [Kreditauftrag] nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXVII, n. 12; Sokolowski, *La garanzia per mandato* [Mandatsbürgschaft], Halle, 1891; Geib, *loc. cit.*, pag. 149 sgg.: Unger, *L'agire a rischio altrui* [Handeln auf fremde Gefahr], negli *Annali di* Ihering, vol. XXXIII, pag. 6.

(7) Fr. 6, § 4, D. *mandati*, 17, 1; Ulpianus, libro 31, *ad edictum*: « Si tibi « mandavero quod mea non interesat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio « credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus, libro septimo digestorum « scribit, et ego tibi sum obligatus; § 6, *Ist. de mandato*, 3, 26... adeo haec ita « sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam « fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu man- « datum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset ».

(8) Fr. 12, § 14, D. *mandati*, 17, 1: « Si post creditam pecuniam manda- « vero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. « plane si, ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, « ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne « nominis periculum debere ad mandatorem pertinere ».

(9) Che attualmente il mandato qualificato siasi trasfuso nella fideiussione, era principalmente affermato dall'Arndts, § 353, nota 3. D'altra opinione è tra gli altri il Girtanner, pag. 540. Vedi *ivi*, pag. 197, le più antiche teorie; cfr. inoltre gli scrittori citati in Arndts.

anche nel mandante un debitore accessorio. Questi deve rispondere verso di lui, in forza dell'*actio mandati contraria*, per tutti gli svantaggi che a quello sono derivati dalla esecuzione del mandato di credito, e quindi segnatamente per il pagamento del mutuo, dato o dilazionato in base al mandato (10). Tutto ciò ebbe anche per effetto, che importanti regole positive del diritto della fideiussione furono estese al mandato di credito (11).

II. — *Il diritto attuale della fideiussione.*

§ 78. — **Essenza della fideiussione.**

Al posto della *fideiussio* romana è subentrato nel diritto comune il contratto di garanzia non formale (1). Esso ha non solo nella forma, ma anche nella sua essenza eliminato il carattere rigoroso dell'istituto tipico romano, ed è sottoposto del tutto ai principii dell'equità.

Poichè tale contratto è privo di forma, basta ogni patto sulla garanzia, sia che parlisi di « garantire » o di « pagare un debito altrui », o di « entrar come garante » o che si adoperino altri modi di dire (2).

1. La fideiussione, come semplice assicurazione, è una accessione del debito principale. Anche chi garantisce dichiarandosi « come stesso

---

(10) Così pure il Cod. civ. germ., § 778: « Chi dà mandato ad altri, di dar credito in proprio nome e per proprio conto ad un terzo, è tenuto verso il mandatario come fideiussore, per l'obbligazione del terzo derivante dalla concessione del credito ».

(11) L'affinità del mandato qualificato con la fideiussione è di già accentuata da GIULIANO, libro 3, *ad Urseium Ferocem*, fr. 32, D. *mandati*, 17, 1 « ... neque « enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel prae- « sens mandet »; cfr. SOKOLOWSKI, *loc. cit.*, pag. 77.

(1) Assai spesso si affermava, che il contratto di fideiussione del diritto comune riposi su di una « fusione » del *constitutum* e della *fideiussio*, in cui però convenga accostarsi di più alla *fideiussio*. Cfr. GIRTANNER, pag. 372 e WINDSCHEID, vol. II, § 476, nota 6. Il VANGEROW, vol. III, § 579, n. 4, vuole invece saper distinti i due istituti anche nel diritto comune. « Se », egli dice, « con la fideiussione si ha per iscopo esclusivamente l'assicurazione del creditore, dovranno aver valore i principii della *fideiussio*, ma se per tale intercessione il creditore deve conseguire ancora altri vantaggi, allora deve ritenersi il costituto con tutte le sue proprietà ». Noi sosteniamo all'incontro, che solo la fideiussione stipulata era in Roma vera e propria fideiussione, e che il *constitutum* romano è estraneo ai nostri rapporti giuridici. Quindi la fideiussione è per noi unicamente la più libera e progredita *fideiussio* dei Romani.

(2) Secondo il Cod. civ. germ., § 776, per la validità del contratto di fideiussione si richiede il rilascio in iscritto della dichiarazione di garanzia. In quanto però il fideiussore adempie l'obbligazione principale, il vizio di forma viene sanato.

debitore », è vincolato solo in via accessoria. Poichè ciò significa solo che il fideiussore rinunzia alla eccezione della escussione e della divisione (3).

L'obbligazione della garanzia non viene in essere come semplice accessione, se il debito garantito era al tempo del contratto di garanzia nullo, ovvero inefficace per effetto di una eccezione perentoria (4); essa si estingue, quando il debito principale ha termine per estinzione *ipso iure*, o per via di eccezione. Ma si può prestare però garanzia per una obbligazione naturale (5). È valida inoltre la fideiussione per obbligazioni future, anche se esse sono designate solo genericamente: le

---

(3) Cfr. anche Trib. Imp., vol. XXXIV, pag. 153.

(4) Fr. 29, fr. 47 pr., fr. 56 pr., fr. 70, § 4, D. *h. t.*, 46, 1; vedi inoltre riguardo alla fideiussione, data per errore per un credito prescritto, il fr. 37, D. *h. t.* [fr. 29, cit.: « Si sub impossibili condicione stipulatus sim, fideiussor adhi- « beri non potest »; fr. 47 pr. cit.: « Si debitori deportatio irrogata est, non « posse pro eo fideiussorem accipi scribit Iulianus, quasi tota obligatio contra eum « extincta sit »; fr. 56 pr. cit: « Si quis pro eo, qui libertus non esset et operas « praestaturum se iurasset, fideiussor erit, non tenebitur »; fr. 70, § 4: « Si a « furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia « non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum « gestum intellegitur. quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, « tenetur fideiussor »; fr. 37 cit.: « Si quis, postquam tempore transacto libe- « ratus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio « nulla est »]. Assai controversa è la spiegazione del fr. 25, D. *h. t.*, 46, 1; ULPIANUS, libro 11, *ad edictum*: « Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris « auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non sub- « veniatur, quoniam his mandati actio non competit ». ULPIANO medesimo decide poi nel fr. 6, D. *de verb. obl.*, 45, 1, libro 1, *ad Sabinum*: « Is, cui bonis inter- « dictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo « obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso ». Intorno ai diversi, ed in parte strani tentativi di conciliazione, cfr. GIRTANNER, pag. 21; HASENBALG, pag. 93; BRINZ, vol. II, pag. 255, nota 24. Secondo la nostra opinione, il fr. 25 cit. si riferiva in origine al *receptum* (cfr. più sopra § 77, nota 3), per la cui forza obbligatoria non era necessario alcun debito principale; per una spensierata interpolazione, che pose « *fideiusserit* » in luogo di « *receperit* », è sorta allora la contraddizione. Cfr. tra gli scritti recenti, AUDIBERT, *Études sur l'histoire du droit romain*, vol. I, pag. 263 sgg., il quale parimenti. — ma in altra guisa — ritiene per interpolato il fr. 25. ma trova però la soluzione della contradizione nell'ipotesi che si tratti nel fr. 6 cit. di un'altra specie d'interdizione del prodigo, che nel fr. 25.

(5) Fr. 6, § 2, fr. 7, fr. 16, § 3, fr. 60, D. *h. t.*, 46. 1 [fr. 6, § 2, citato: « Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dum- « modo sit aliqua vel naturalis futura obligatio »; fr. 7 cit.: « Quod enim solutum « repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi « posse »; fr. 16, § 3: « Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio « civilis vel naturalis, cui applicetur »; fr. 60 cit.: « Ubicumque reus ita libe- « ratur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit: cum « vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione « liberandum »].

cosiddette fideiussioni di credito, per es., per le obbligazioni che deriveranno in futuro da un determinato commercio di affari (6).

I Romani ritenevano inconciliabile col carattere accessorio della garanzia stipulata, che il contenuto dell'obbligazione di garanzia e quello dell'obbligazione principale non concordassero pienamente. Veramente una fideiussione poteva anche essere stabilita per un minore ammontare. Ma per contrario la fideiussione per altro oggetto (7), o per di più, o sotto più gravose condizioni che il debito principale, era totalmente nulla (8).

L'odierno diritto della fideiussione è più libero (9). Basta che si tratti della medesima partita patrimoniale. Perciò l'oggetto specifico

---

(6) Fr. 6, § 2, D. *h. t.*, 46, 1; Cod. civ. germ., § 765, capov. 2° [« La fideiussione può essere anche assunta per una obbligazione futura o condizionata »]. Il debitore di una garanzia, conclusa a tempo indeterminato, dopo il decorso di uno spazio di tempo da commisurarsi secondo le circostanze, può disdettare la garanzia stessa. Trib. Imp. comm., vol. XIX, pag. 110.

(7) Fr. 42, D. *h. t.*, 46, 1. Una modificazione vedi però nel fr. 70, § 2, D. *eod.* [fr. 42, cit.: « Si ita fideiussorem accepero: ' quod ego decem credidi, de « ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes? ', non obligatur fideiussor, « quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest, quia « non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata « fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est »; fr. 70, § 2, cit.: « Si « reo in fundum obligato fideiussor in usum fructum accipiatur, quaesitum est, « utrum obligetur fideiussor quasi in minus, an non obligetur quasi in aliud. nobis « in eo videtur dubitatio esse, usus fructus pars rei sit an proprium quiddam: « sed cum usus fructus fundi ius est, incivile est fideiussorem ex sua promis- « sione non teneri »].

(8) Fr. 8, § 7, D. *h. t.*, 46, 1: « Illud commune est in universis, qui pro aliis « obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino « non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt ». Vedi ancora il § 8, D. *eod.*, ed i §§ successivi [§§ 8 sqq. citt.: « Si qui Stichum stipulatus fuerit, fide- « iussorem ita acceperit: ' Stichum aut decem fide tua iubes? ', non obligari « fideiussorem Iulianus ait, quia durior eius fit condicio, utpote cum futurum sit, « ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat non ideo tantum non obli- « gari, quia in duriorem condicionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obli- « gationem acceptus est: denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fide- « iussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius « durior condicio. Idem Iulianus ait: si is, qui hominem aut decem dari stipu- « latus fuerat, fideiussorem ita acceperit: ' hominem aut decem, utrum ego velim? ', « non obligavit eum, quia durior eius condicio facta est. Contra autem si is, qui « hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fideius- « sorem ita accipiet: ' decem aut hominem, utrum tu voles? ' fit enim, inquit, « hoc modo fideiussoris condicio melior. Sed et si reum sic interrogavero ' Sti- « chum et Pamphilum? ', fideiussorem ' Stichum aut Pamphilum? ', recte inter- « rogem, quia levior fideiussoris condicio est. Pro fideiussore fideiussorem accipi « nequaquam dubium est »].

(9) Sullo sviluppo storico di questo principio sin dal medio evo, cfr. Girtanner, pag. 171.

della fideiussione e quello del debito principale possono essere diversi, per es., danaro nell'uno e merci nell'altro caso. Al fideiussore possono essere inoltre imposte condizioni più gravi, che al debitore principale. Può infine il debito del fideiussore essere maggiore di quello del debitore principale, finchè il di più possa venir concepito come risarcimento (10). Ma il fideiussore che ha promesso di più del debitore principale, dovrà per lo meno l'ammontare del debito principale.

2. Con la natura accessoria della fideiussione non deve identificarsi la sussidiarietà di essa, per la quale solo allora potrà essere compulsato il fideiussore, quando il creditore nulla più possa ottenere dal debitore principale. Essa era del tutto sconosciuta al più antico diritto romano, e solo mediante il beneficio dell'escussione, creato da Giustiniano, divenne regola del diritto della fideiussione.

3. Importanti beneficî di diritto, caratteristici della fideiussione, alleviano la condizione del fideiussore. Questi nel diritto giustinianeo gode:

a) del *beneficium excussionis*;

b) del *beneficium cedendarum actionum*, consistente nella cessione dell'azione del creditore contro il debitore principale e gli altri fideiussori, nel caso dell'estinzione del debito;

c) del *beneficium divisionis*, o diritto del fideiussore alla divisione dell'azione tra gli altri fideiussori (11).

§ 79. — **Diritti del creditore contro il fideiussore.**

1. In quale estensione sia il fideiussore tenuto, risulta in prima linea dal contratto di garanzia. Ma nel dubbio egli assume la piena garanzia — *in omnem causam* (1), — cioè la responsabilità per tutto ciò, che in forza del negozio garantito, è obbligato a prestare il debi-

---

(10) Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 477, nota 23.

(11) Il diritto romano vieta ai soldati le fideiussioni per le conduzioni: c. 31, C. *de locato*, 4, 65, così pure agli ecclesiastici per le prestazioni al fisco, per le conduzioni e per le liti, nov. 123, cap. VI; cfr. GIRTANNER, pagg. 143, 283, 368; HASENBALG, pag. 224. Queste disposizioni non passarono nel diritto comune e sono estranee al Cod. civ. germ. Sulle intercessioni delle donne cfr. più giù § 83.

(1) Sulla *fideiussio in omnem causam*, cfr. specialmente fr. 54 pr. D. *locati*, 19, 2. PAULUS, libro 5, *responsorum*, dove, riguardo agli interessi moratori, si dice: « ... Cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum « quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: ' in quantum illum con- « demnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes? ' vel ita ' indemnem « me praestabis? ' ».

tore principale, nel momento in cui si fa valere la garanzia (2). Egli è quindi responsabile per le conseguenze della mora e della colpa del debitore principale, e per gl'interessi legali (3). All'incontro gl'interessi contrattuali, le pene convenzionali, od altre obbligazioni basate su

---

(2) Che la fideiussione, nel dubbio, sia *in omnem causam*, corrisponde agli scopi, pei quali vengono conchiuse le fideiussioni. Chi infatti fa credito su garanzia, vuole di regola che gli sia assicurato quanto egli in futuro dovrà ripetere. Questo concetto è stato segnatamente elaborato da Paolo, il quale si occupò di preferenza della questione. In ispecie questo giurista, libro 17, *ad Plautium*, fr. 91, § 4, D. *de verb. obl.*, 45, 1, riconduce la responsabilità del fideiussore, per la colpa e per la mora del debitore principale, al fatto « *quia in totam causam spoponderunt* ». Nella stessa maniera egli discorre nel fr. 56, § 2, D. *de fideiussoribus*, 46, 1, qui riportato alla nota 3: vedi del resto anche fr. 68, § 1, D *de fideiussoribus*, 46, 1 [fr. 91, § 4, riportato al § 40, nota 10; fr. 68 cit.: « Fideiussores magi- « stratuum in poenam vel multam quam non spopondissent, non debere conveniri « decrevit. Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius « Thallus et alii fideiusserant: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat « et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur, « lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, « non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed « quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, « et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a cre- « ditore distractorum »]. — Le opinioni dei moderni su questa questione sono assai divise. Molti ritengono che il fideiussore di regola non sia tenuto agl'interessi, che sorsero dalla mora del debitore principale: così HASENBALG, *loc. cit.*, pag. 267. Con la opinione qui sostenuta concordano all'incontro: il WINDSCHEID, vol. II, § 477, nota 26; il SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLVIII, n. 180 (Trib. Supr. territ. per la Baviera). Anche per le spese dell'escussione del debitore principale deve di regola rispondere il fideiussore, in quanto a lui spettò la eccezione della escussione, ed il creditore dopo la scadenza del credito invano a lui chiese il pagamento. Cfr. ancora SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLVI, n. 188. Secondo il Cod. civ. germ., § 767, nel dubbio, è decisivo l'effettivo contenuto di ciascuna obbligazione principale, per l'obbligazione del fideiussore. Il fideiussore è tenuto per le conseguenze della colpa e della mora del debitore principale, ed inoltre per le spese dell'intimazione e del giudizio, che devono essere risarcite al creditore dal debitore principale.

(3) Il fideiussore è tenuto, se dal negozio ch'egli garantì si svolsero obbligazioni di altra specie di quella avuta in mira? Ciò afferma PAOLO, libro 15, *Quaestionum*, fr. 56, § 2, D. *de fideiussoribus*, 46, 1: « Si nummos alienos quasi « tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. « quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? puto fideiussorem obli- « gatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione « nasci potest ». Cfr. fr. 54, fr. 60, D. *de fideiussoribus*, 46, 1; DERNBURG, *Diritto di pegno*, vol. I, pag. 550 [fr. 54 cit.: « Si in pignore contrahendo deceptus sit « creditor, qui fideiussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneraticia actione, « in quam actionem veniet quod interest creditoris, sed ea actio fideiussorem one- « rare non poterit: non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam « obligat »; fr. 60, riportato al § 78, nota 5].

speciali convenzioni, sono allora soltanto insieme garantite, se la fideiussione fu particolarmente estesa ad esse (4).

Il fideiussore è tenuto per il debitore principale. Egli potrà perciò far valere le eccezioni di lui, siano esse sorte prima o dopo della fideiussione. Neanche un divieto del debitore principale può togliergli questo diritto. Questa facoltà però non è pur sempre senza eccezioni:

a) Alcune eccezioni profittano soltanto a quei fideiussori, che avrebbero un regresso contro il debitore principale, se essi dovessero pagare. Tale è l'*exceptio S. C. Macedoniani* (5).

---

(4) Ciò risulta più dalla natura della cosa, di quello che non siano pienamente convincenti i testi addotti a sostegno. Tali sono: c. 10 pr., Cod. *h. t.*, 8, 40; c. 9, Cod. *quod cum eo*, 4, 26; fr. 68 pr., D. *h. t.*, 46, 1. Cfr. però anche Seuffert, *Archivio*, volume LI, n. 177 [c. 10, cit.: « Fideiussor seu mandator si in « usuras quoque obligatus est, iustam causam recusandi solvere eas non habet ». § 1: « Ut autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed divi- « datur actio inter eos qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postu- « lari solet »; c. 9, cit.: « Si mandator pro filio tuo extitisti vel iussu tuo cum « eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris « te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris iure deti- « nentur liberari possint. quod si fideiussor creditae pecuniae intercessisti, teneri « te ex ea obligatione explorati iuris est »; fr. 68 pr., cit., rip. alla nota 2].

(5) Nella moderna letteratura predomina l'opinione, che di regola ogni fideiussore, non semplicemente quello autorizzato al regresso, possa far valere le eccezioni del debitore principale, e che dunque questo diritto risulti dalla natura accessoria della fideiussione: cfr. Vangerow, vol. III, § 578, nota 2; Windscheid, vol. II, § 477, nota 6; Brinz, vol. II, pag. 187. Vi ha nondimeno anche delle opinioni che si discostano: vedi Vangerow, *loc. cit.* Per ciò che riguarda le fonti sembra che la più antica dottrina dei Romani abbia concesso le eccezioni del debitore principale solamente al fideiussore autorizzato al regresso. Ad essa corrispondeva il fatto, che Cassio accordava al fideiussore la *exceptio S. C. Velleiani*, solo « si a muliere rogatus esset », se a lui dunque competeva l'azione di mandato contro l'obbligata principale. — Ma Giuliano concesse la *exceptio* ad ogni fideiussore, anche se egli non aveva alcun regresso contro la debitrice principale « Quia totam obligationem improbat senatus », fr. 16, § 1, D. ad S. C. Velleianum, 16, 1 [« Si ab ea muliere, quae contra senatus consultum intercessisset, « fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit ita demum fideiussori excep- « tionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Iulianus autem recte putat fide- « iussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non « habet, quia totam obligationem senatus improbat et a praetore restituitur prior « debitor creditori »]. Il regresso è posto ancora a fondamento della pretesa alle eccezioni del debitore principale dal § 4, I. *de replicationibus*, 4, 14. [« Excep- « tiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam « fideiussoribus eius: et recte, quia, quod ab his petitur, id ab ipso debitore peti « videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis, quod hi pro eo solverint. qua « ratione et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit pro- « inde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro « eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia pete- « retur. sane quaedam exceptiones non solent his accomodari. ecce enim debitor

b) Vi sono delle eccezioni personalissime, le quali competono solamente al debitore principale, ma non al suo fideiussore. Tale l'eccezione del *beneficium competentiae* (6). Così pure i fideiussori del fallito non possono invocare il concordato conchiuso a favore di lui (7).

« si bonis suis cesserit et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptio-
« nem ' nisi bonis cesserit ' : sed haec exceptio fideiussoribus non datur, scilicet
« ideo quia, qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facul-
« tatibus lapsus fuerit debitor, possit ab his quos pro eo obligavit suum con-
« sequi »]. Ma in altri luoghi le eccezioni vengono senz'altro accordate ad ogni fideiussore. Così in particolare l'eccezione di compensazione, nei ffr. 4, 5, D. *de compensationibus*, 16, 2: [« fr. 4, rip. al § 62, nota 9 ; fr. 5, rip. al § 63,
« nota 7 »]. E del tutto in generale PAOLO nel fr. 7, § 1, D. *de exceptionibus*, 44, 1, sentenzia che : « rei cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus compe-
« tunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est ». Ciò deve riguardarsi come il diritto più recente. Tuttavia alcune singole eccezioni si mantennero condizionate al regresso. Così ULPIANO per la *exceptio S. C. Macedoniani*, nel fr. 9, § 3, D. *de S. C. Macedoniano*, 14, 6, e per la *exceptio pacti*, nel fr. 32, D. *de pactis*, 2, 14, e nel fr. 5 pr. D. *de liberatione legata*, 34, 3. [Fr. 9, § 3 cit.: « Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fide-
« iussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi
« forte donandi animo intercesserunt : tunc enim, cum nullum regressum habeant,
« senatus consultum locum non habebit, sed et si non donandi animo, patris tamen
« voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus ». Fr. 32 cit.: « Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideius-
« sori quoque competere exceptionem : propter rei personam placuit, ne mandati
« iudicio conveniatur. igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo
« fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori ». Fr. 5 pr. cit.:
« Si quis reum habeat et fideiussorem et reo liberationem leget, Iulianus ibidem
« scripsit reum per acceptilationem liberandum : alioquin si fideiussorem coeperit
« convenire, alia ratione reus convenitur. quid tamen, si donationis causa fide-
« iussor intervenit nec habet adversus reum regressum? vel quid si ad fideius-
« sorem pecunia pervenerit, et ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit?
« pacto est reus liberandus, atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori
« dandam, quae reo competit : sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis,
« nequaquam hoc dicimus »]. Anche secondo il Cod. civ. germ., § 768, il fideiussore può far valere le eccezioni che competono al debitore principale, e non perde una eccezione pel fatto, che il debitore principale rinunzi ad essa. Ma se il debitore principale muore, il fideiussore non si può richiamare al fatto, che l'erede risponda solo limitatamente. Secondo il § 770 il fideiussore può negare sodisfacimento al creditore, finchè al debitore principale compete il diritto di impugnare il negozio giuridico su cui si fonda la sua obbligazione, e pari facoltà egli ha, finchè il creditore possa sodisfarsi mediante compensazione contro un credito scaduto del debitore principale.

(6) Fr. 7 pr., D. *de exceptionibus*, 44, 1 [riportato al § 51, nota 6].

(7) Legge sul fallimento, § 193 in fine; cfr. fr. 58, § 1, D. *mandati*, 17, 1; § 4, I. *de replicationibus*, 4, 14 [§ 193 cit.: « . . . I diritti del creditore contro
« i condebitori ed i fideiussori del fallito, come pure i diritti derivanti da un
« diritto di pegno costituito pel credito, da una ipoteca costituita per esso, da
« una obbligazione fondiaria o da un debito di rendita, o da una annotazione

2. Secondo il diritto romano classico, il creditore non sodisfatto aveva la scelta di convenire il fideiussore, ovvero il debitore principale. Ma se egli aveva una volta intrapreso la *litiscontestatio* contro di uno, la sua azione contro tutti i debitori era *consumpta*, anche se egli nulla potè riscuotere dal convenuto.

Tutto ciò era assai insidioso contro il creditore. Si trovarono indirettamente dei rimedi. Si ricorse alla garanzia per mandato, nella quale la *consumptio* non si verificava; ovvero alla garanzia per i danni (*fideiussio indemnitatis*), la quale è condizionata al fatto, che il creditore nella escussione del debitore principale, abbia subìto una perdita, e quindi presuppone ancora un precedente esperimento giudiziale contro di questi (8).

Ma Giustiniano abolì la generale efficacia distruttrice della *litiscontestatio* nella fideiussione, come nell'obbligazione correale (9).

Infine egli diede al fideiussore, nella novella 4, cap. I, il diritto della escussione — *beneficium excussionis* — per il quale il debitore principale deve essere escusso, prima che possa essere perseguito il fideiussore (10).

« iscritta ad assicurazione del credito, non vengono lesi dal concordato obbliga-« torio ». Fr. 58 cit. riportato al § 66, nota 1; § 4, I. cit., riportato sopra, nota 5].

(8) Fr. 116, D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 41, D. *h. t.*, 46, 1. [Fr. 116 cit.: « Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a « Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. sed et « si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit. « PAULUS *notat*: non enim sunt duo rei Maevius et Titius eiusdem obligationis, « sed Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit: igitur nec Titio « convento Maevius liberatur (qui an debiturus sit, incertum est) et solvente « Titio non liberatur Maevius (qui nec tenebatur), cum condicio stipulationis « deficit, nec Maevius pendente stipulationis condicione recte potest conveniri: « a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur ». Fr. 41 cit.: « Respondit, si fideiussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, « et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore quam ab heredibus « eius solidum servari potuit et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse « desierit: non temere utilem in fideiussores actionem competere. Idem respondit, « si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri « coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones « sibi mandentur »]. Cfr. GEIB, *loc. cit.*, pag. 18 sgg.

(9) C. 28, Cod. *de fideiussoribus*, 8, 40. [« Generaliter sancimus, quemadmodum « in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter « non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus enim et in fideius-« sorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, et « ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel « ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo « liberationem mereri. nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in « solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat... » Cfr. § 72, nota 8].

(10) [Nov. 4, cap. I cit.: « Εἴ τις τοίνυν δανείσειεν, καὶ ἐγγυητὴν ἢ μανδάτωρα ἢ ἀντιφωνητὴν προσλάβοι, οὗτος μὴ τὴν πρώτην εὐθὺς κατὰ τοῦ μανδάτωρος ἢ τοῦ ἐγγυη-

È questo un beneficio del fideiussore, non una condizione della obbligazione della garanzia in sè; esso quindi dà fondamento ad una eccezione, ma non ad una condizione dell'azione. Pur sempre il creditore di fronte ad essa, dovrà provare l'avvenuta debita escussione del debitore principale, dacchè i mezzi di prova di ciò debbono trovarsi in suo potere.

Per giusto che apparisca il *beneficium excussionis*, pure esso può facilmente essere adoperato a tirare in lungo le liti, e a scopo di cavilli. A ciò tendono di ovviare alcune eccezioni. Danno luogo ad esse:

a) L'assenza del debitore principale, la quale implica rilevanti difficoltà a potersi procedere contro di lui, prima che contro il fideiussore (11);

b) La denegazione dell'obbligazione di garanzia, per parte del fideiussiore (12);

σαμένου ἢ ἀντιφωνήσαντος χωρείτω, μηδὲ ἀμελήσας τοῦ δανεισαμένου τὰς παρενθήκας διενοχλείτω, ἀλλὰ χωρείτω πρῶτον ἐπὶ τὸν τὸ χρυσίον εἰληφότα καὶ τὸ δάνεισμα πράξαντα. Καὶ εἰ μὲν ἐκεῖθεν ἀπολάβοι, τῶν ἄλλων ἀπεχέσθω· τί γὰρ ἂν αὐτῷ πρὸς τοὺς ἔξωθεν εἴη, παρὰ τοῦ λαβόντος πεπληρωμένῳ: εἰ δὲ οὐκ ἰσχύσειε παρὰ τοῦ δανεισαμένου λαβεῖν ἢ εἰς μέρος ἢ εἰς ὁλόκληρον, καθ' ὅσον ἂν παρ' αὐτοῦ μὴ δυνηθείη λαβεῖν, κατὰ τοσοῦτον ἐπὶ τὸν ἐγγυητὴν ἢ τὸν ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα χωρείτω καὶ παρ' ἐκείνου τὸ λειπόμενον κομιζέσθω. Καὶ εἰ μὲν παρόντες αὐτῷ τύχοιεν ἀμφότεροι, ὅ τε πρωτότυπος ὅ τε ἐγγυσάμενος ἢ μανδατωρεύσας ἢ ἀντιφωνήσας, ταῦτα ἐκ παντὸς φυλαττέσθω τρόπου. Εἰ δὲ ὁ μὲν ἐγγυητὴς ἢ ὁ μανδάτωρ ἢ ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν παρείη, τὸν δὲ πρωτότυπον ἀπεῖναι συμβαίη, πικρόν ἐστι τὸν δανειστὴν πέμπειν ἀλλαχόσε, παρὸν εὐθὺς τὸν ἐγγυητὴν ἢ τὸν μανδάτωρα ἢ ἀντιφωνητὴν εἰςπράττειν. Ἀλλὰ τοῦτο δὴ θεραπευτέον ἡμῖν τὸν ἐγχωροῦντα τρόπον..... Ἐνδεικνύτω τοίνυν τὸν ἐγγυητὴν ἢ ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα, καὶ ὅγε τῷ πράγματι καθήμενος δικαστὴς διδότω καιρὸν τῷ ἐγγυητῇ, ταὐτὸν δ' εἰπεῖν ἀντιφωνητῇ τε καὶ μανδάτωρι, βουλομένοις τὸν πρωτότυπον ἀγαγεῖν, ἐφ' ᾧ τε ἐκεῖνον πρότερον ὑπομεῖμαι τὴν ἐναγωγήν, οὕτω τε αὐτοὺς ἐν καταλοίπῳ πεφυλάχθαι βοηθείᾳ..... Εἰ δὲ ὁ χρόνος ὁ ἐπὶ τοῦτο ταχθεὶς ἐξήκοι (δεῖ γὰρ καὶ χρόνον ὁρίζειν τὸν δικάζοντα), τηνικαῦτα ἢ ὁ ἐγγυητὴς ἢ ὁ μανδάτωρ ἢ ὁ ἀντιφωνητὴς ἀγωνιζέσθω τὴν δίκην καὶ τὸ χρέος ἐκτιννύτω, τὰς κατὰ τοῦ ἐγγυηθέντος, ἢ ὑπὲρ οὗ τὰς ἐντολὰς ἔγραψεν ἢ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπῆλθε, παρὰ τοῦ δανείσαντος ἐκχρωρούμενος ἀγωγάς »]. Cfr. UNGER, negli *Annali di* IHERING, vol. XXIX, n. 1; Cod. civ. germ., § 771: « Il fideiussore può negare il sodisfacimento al creditore, finchè il creditore non abbia tentato senza risultato una esecuzione forzata contro il debitore principale (eccezione dell'escussione) ». Fin dove debba condursi la esecuzione forzata, cfr. § 772.

(11) Che cosa la novella intenda per « assenza », dava luogo a divergenti opinioni. Il Trib. Imp. ammise, vol. VI, pag. 156, che il debitore principale debba considerarsi come presente se egli dimori nell'Impero tedesco. Il Cod. civ. germ., § 773, num. 2, richiede, che l'azione giudiziaria contro il debitore principale sia sostanzialmente resa difficile, in conseguenza di un cambiamento del domicilio o dello stabilimento industriale o della residenza, avvenuto dopo l'assunzione della garanzia.

(12) Ciò riposa sull'usuale interpretazione estensiva del fr. 10, § 1, D. *h. t.* 46, 1: [« Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non infitientur: nam « infitiantibus auxilium divisionis non est indulgendum »]. Ciò è stato abolito dal Cod. civ. germ.

c) L'apertura del fallimento contro il debitore principale (13);

d) La prevedibile infruttuosità di una esecuzione forzata, contro il debitore principale, particolarmente a causa della notoria insolvenza di esso (14);

e) La rinunzia del fideiussore alla eccezione; tale rinunzia si riscontra segnatamente nella fideiussione con l'aggiunta « come stesso debitore » (15);

f) L'eccezione scompare quando la garanzia costituisca per il fideiussore un negozio di commercio (16-17).

Una più rigorosa sussidiarietà si verifica per la *fideiussio indemnitatis.* Ivi la sussidiaria responsabilità è condizione del contratto, non già semplice beneficio. Vale a dire contro del fideiussore non si possono ancora far valere pretese, all'apertura del fallimento del debitore principale; occorre invece aspettare la fine del fallimento medesimo.

3. L'obbligazione della fideiussione può a sua volta essere assicurata mediante garanti succedanei, o sussidiari, come pure mediante pegno. Tale garanzia sussidiaria è anzitutto accessione alla garanzia precedente, e solo mediatamente una garanzia del debito principale (18). Essa è perciò priva di valore, se la precedente garanzia è invalida, anche se il debito principale sia giuridicamente sussistente e non per anco estinto. Ma il garante sussidiario può domandare, che prima di lui venga escusso non solo il primo garante, ma anzitutto il debitore principale, dovendo egli far valere le ragioni del suo garantito. Egli ha anche

---

(13) È una questione controversa. Cfr. tra gli altri DERNBURG, *Diritto di pegno*, vol. II, pag. 385; WINDSCHEID, vol. II, § 478, nota 4, e gli scrittori ivi citati. Conforme Trib. Imp., vol. IV, pag. 123; Cod. civ. germ., § 773, num. 3.

(14) Cod. civ. germ., § 773, num. 4.

(15) Cod. civ. germ., § 773, num. 1. Sulla differenza tra la garanzia « come proprio debitore », e l'obbligazione correale, cfr. Trib. Imp. comm., vol. XX, pag. 47.

(16) Cod. comm., § 349.

(17) Sulla garanzia per l'assicurazione di un concordato obbligatorio, vedi Legge sul fallimento, § 194. [« In base al concordato, omologato con sentenza passata in giudicato, ha luogo, in favore dei creditori concorrenti, i cui crediti siano stati stabiliti e non espressamente contestati dal fallito nella verificazione dei crediti, contro il fallito e coloro che nel concordato per l'adempimento di questo hanno assunto delle obbligazioni accanto al fallito senza riserva dell'eccezione della escussione, l'esecuzione forzata, sotto l'analoga applicazione dei §§ 724 a 795 della legge di procedura civile e del § 164, cap. 3, della presente legge »].

(18) Fr. 8, § 12, D. *h. t.*, 46, 1; fr. 27, § 4, D. *eod.*; ULPIANUS, libro 22, *ad edictum*: « Si fideiussor fuerit principalis et fideiussor fideiussoris, non poterit « desiderare fideiussor, ut inter se et eum fideiussorem, pro quo fideiussit, divi- « datur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se « et fideiussorem dividatur obligatio ». GOLDSCHMIDT, *Fideiussione principale e succedanea*, negli *Annali di* IHERING, vol. XXVI, pag. 345.

di regola non solo il regresso contro il fideiussore, pel quale egli direttamente garantì, ma anche contro il debitore principale, se pagò per lui.

§ 80. — Diritti del fideiussore contro il debitore principale.

I. Secondo l'antico diritto competeva allo *sponsor*, che aveva pagato il debito garantito, una propria azione particolarmente privilegiata, l'*actio depensi*, contro il debitore principale, se questi non gli rendeva in tempo la somma sborsata (1).

II. Una simile azione di regresso del fideiussore contro il debitore principale, basata sul pagamento, non è conosciuta dal diritto più recente.

1. Piuttosto i fideiussori hanno soltanto azioni fondate sul rapporto giuridico, che diede origine alla garanzia.

Di regola si diviene garante su preghiera od anco conformandosi alla volontà del debitore, quindi per mandato di lui, come mandatario (2); come tale si ha il regresso con l'*actio mandati contraria*.

Frattanto il fideiussore può anche spontaneamente presentarsi per il debitore. Allora rimane a lui aperta l'*actio negotiorum gestorum*, in quanto esistano i generali presupposti di essa. Tale non è il caso, se il fideiussore si sia immischiato, contro il divieto del debitore principale (3).

Non ha infine alcun diritto di regresso, chi abbia garantito *donandi animo*, cioè nell'intenzione di non pretender nulla dal debitore, nel caso

---

(1) L'*actio depensi* era concessa dalla *lex Publilia* allo *sponsor*, quando egli entro sei mesi non riceveva dal debitore principale una sicurtà: GAI, *Inst.*, III, § 127, IV, § 22. [§ 127 cit.: « In eo quoque par omnium causa est, quod « si quid pro reo solverint, eius reciperandi causa habent cum eo mandati iudi- « cium. et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in « duplum, quae appellatur depensi » § 22 cit.: « Postea quaedam leges ex aliis « quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt: sicut « lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset si in sex mensibus proximis « quam pro eo depensum esset non solvisset sponsori pecuniam: item lex Furia « de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset; « et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt »].

(2) Fr. 6, § 2, D. *mandati*, 17, 1. ULPIANUS, libro 31, *ad edictum*: « Si passus « sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi « pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit man- « dati actio ». Trib. Imp. comm., vol. XI, pag. 3.

(3) Fr. 20, § 1, D. *mandati*, 17, 1; fr. 40, D. *eod.* PAULUS, libro 9, *ad edictum*: « Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec « negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non « consentio, secundum quod et Pomponio videtur » [fr. 20 cit.: « Fideiussori « negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio « non potest competere, cum non antecesserit mandatum »].

di suo pagamento; naturalmente neanche colui, che solo formalmente ed esternamente comparve come fideiussore, ma in realtà è il principale interessato nel negozio.

L' *actio mandati* e l'*actio negotiorum gestorum contraria* del fideiussore hanno il seguente contenuto:

a) Se il fideiussore ha sodisfatto il creditore con propri mezzi, o mediante pagamento, dazione in pagamento, compensazione o novazione, egli potrà richiedere la restituzione di quanto ha speso. Se inoltre il creditore ha rimesso la somma del debito, con l'intenzione di donare al fideiussore, questi potrà domandare al debitore principale la restituzione dell'ammontare rimesso, malgrado che nulla abbia speso (4).

(4) Fr. 10, § 13, D. *mandati*, 17, 1. ULPIANUS, libro 31, *ad edictum*: « Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem « remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem »; cfr. inoltre ffr. 11, 12 pr., §§ 1 e 2, D. *eod.* [ffr. citt.: « Si ei, cui damnatus ex causa fideiussoria « fueram, heres postea extitero, habebo mandati actionem. — Si vero non remu« nerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati « eum non acturum. Marcellus autem fatetur, si quis donaturus fideiussori pro « eo solverit creditori, habere fideiussorem mandati actionem. Plane, inquit, si « filius familias vel servus fuit fideiussor et pro his solvero donaturus eis, man« dati patrem vel dominum non acturos, hoc ideo, quia non patri donatum voluit »]. — Se sta in favore del debitore una *causa* di liberazione, ed il fideiussore pagò inscientemente, egli ha tuttavia il regresso, quando non ricada a carico di lui alcuna colpa: fr. 10, § 12; fr. 29 pr. sqq., D. *eod.* Riguardo al caso della condanna del fideiussore *iniuria iudicis*, vedi fr 67, D. *h. t.*, 46, 1, e c. 10, Cod. *mandati*, 4, 35 [fr. 10, § 12 cit.: « Generaliter Iulianus ait, si fideiussor ex sua « persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus ho« nestam, habere eum mandati actionem: quod si eam, qua reus uti potuit, si « sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei « conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel pro« curatorio nomine »; fr. 29 cit.: « Si fideiussor conventus, cum ignoraret non « fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati « iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praeter« miserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari « (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod « ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte « conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici « oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promit« tendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. Non male « tractabitur si, cum ignoraret fideiussor inutiliter se obligatum, solverit. an « mandati actionem habeat. et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius « potest, si vero ius, aliud dici debet. Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor « solverit, puto eum mandati habere actionem. Hoc idem tractavi et in fideius« sore potest, si, cum solvisset non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod « solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certoriare, non fecit, « oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si « post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione « fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur. Quaedam tamen etsi sciens

b) Al fideiussore, prima ch'egli paghi, spetta l'azione per la liberazione contro il debitore principale, se già sia stato egli condannato, ed inoltre se il debitore differisca indebitamente in lungo l'estinzione del suo debito, o comincia a disfarsi del suo patrimonio (5).

« omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit « sive sciens sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus « iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne. In omnibus autem « visionibus, quae praepositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam « accipit vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex « condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei « iudicatae repetitio quidam cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam « calliditatem plectetur. Fideiussor, si solus tempore liberatus tamen solverit cre- « ditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam « liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: si igitur paratus « sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est mandati iudicio eum « quod solvit reciperare... »; fr. 67 cit.: « Exceptione, quae tibi prodesse debebat, « usus iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia in- « iuriam, quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius « est, scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti »; c. 10 cit.: « Si pro ea contra quam supplicas fideiussor seu mandator intercessisti et neque « condemnatus es neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, « ut iustam metuendi causam praebeat, neque ab initio ita te obligationem susce- « pisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam « satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgueri certum est. fideius- « sorem vero seu mandatorem exceptione munitum et iniuria iudicis damnatum « et appellatione contra bonam fidem minime usum non posse mandati agere « manifestum est »].

(5) Fr. 38, § 1, D. *mandati*, 17, 1; c. 10, C. *eod.*, 4, 35; fr. 45, D. *de fide-iussoribus*, 46, 1 [c. 10 cit. rip. alla nota precedente; fr. 38, § 1 cit.: « ... est « enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur, non absi- « milis illa, quae frequentissime agitari solet, fideiussor an et prius quam solvat « agere possit, ut liberetur. nec tamen semper exspectandum est, ut solvat aut « iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit aut certe bona « sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua nume- « rata creditori mandati actione reum conveniat »; fr. 45 cit.: « Fideiussor pro « venditore fundorum duorum altero evicto conventus ab emptore condemnatus « est certam quantitatem: quaesitum est, an cum herede venditoris ante diem, « quo iudicatum facere compelleretur, agere possit. respondit agere quidem posse, « sed ex iuxta causa ad officium iudicis pertinere quo fideiussor aut defendatur « aut liberaretur »]. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 775: [« Se il fideiussore, per mandato del debitore principale ha garantito, o se gli competono, secondo i principii sulla gestione di negozi senza mandato, i diritti di un mandatario per l'assunzione della garanzia contro il debitore principale, egli può pretendere da questi la liberazione della garanzia: 1° quando i rapporti patrimoniali del debitore principale si sono sostanzialmente deteriorati; 2° quando l'azione giudiziaria contro il debitore principale è resa sostanzialmente più difficile, in conseguenza di un mutamento del domicilio, dello stabilimento industriale, o della residenza del debitore principale, verificatosi dopo l'assunzione della garanzia; 3° quando il debitore principale è in mora nell'adempimento della sua obbligazione; 4° quando

Le pretese di regresso del fideiussore possono essergli assicurate mediante altri fideiussori: i cosiddetti mallevadori sussidiari.

2. Il fideiussore ha il *beneficium cedendarum actionum* (6), nel senso cioè che può ritenere il dovuto, sino a che il creditore non gli ceda le sue pretese contro il debitore principale, insieme con le accessioni di esse. Anzi può ancora far valere questo suo diritto, dopo ch'egli ha già pagato (7-8).

---

il creditore ha ottenuto contro il fideiussore una sentenza esecutiva per l'adempimento. — Se l'obbligazione principale non è ancora scaduta, il debitore principale, invece di liberare il fideiussore, può prestargli una sicurtà »].

(6) FEDERICO KEIL, *Per la teoria del « beneficium cedendarum actionum »*, Halle, 1880: pregevole dissertazione inaugurale.

(7) Nel caso del mandato qualificato si comprende da sè l'obbligazione del mutuante di cedere al mandante l'azione contro il debitore, secondo i principii del mandato: fr. 27, § 5, D. *mandati*, 17, 1; fr. 28, D. *eod.* [fr. 27 cit.: « Si mandatu meo « Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam « si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio « egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a « Titio servare non potueris ». fr. 28 cit.: « Papinianus libro tertio quaestionum ait « mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum « enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus « reum cedi debere »]. Infatti il mandatario deve rendere al mandante, ciò che egli ottenne in conseguenza del mandato. Ma anche nella fideiussione il bisogno di un acconcio regolamento dei rapporti ha condotto al *beneficium cedendarum actionum*, malgrado che con esso si facesse violenza alla figura giuridica. Più oltre di tutti andò PAOLO, libro 14, *ad Plautium*, fr. 36, D. *de fideiussoribus*, 46, 1: « Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus « accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum « suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim « in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet « actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones ». Paolo dà dunque al fideiussore il diritto alla cessione, anche se egli abbia già pagato senza riserva; all'incontro MODESTINO richiede ancora una riserva prima del pagamento nel fr. 76, D. *de solutionibus*, 46, 3. Bisognerà associarsi alla opinione di Paolo come la più opportuna. Ciò corrisponde alla pratica preponderante; nondimeno le opinioni sono divise. [fr 76 cit.: « Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto « omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae « sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solu- « tionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc « solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, « cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam « actio quae fuit perempta videatur »]. La precedente letteratura sull'argomento è riportata dal GIRTANNER, pag. 217; cfr. inoltre HASENBALG, pag. 414, come pure il Trib. Imp., vol. XVIII, pag. 235.

(8) WINDSCHEID, vol. II, § 481, nota 7, afferma, che il fideiussore abbia il *beneficium cedendarum actionum* solo « quando questi abbia un regresso contro il debitore principale ». Egli concede, che questa limitazione non sia rilevata nelle fonti, ma la ritiene indubbia per motivi intrinseci. Ciò non è esatto, anzitutto nel caso in cui il fideiussore sia intervenuto contro il divieto del debitore prin-

Se dunque venne richiesto ed eseguito il pagamento della obbligazione garantita, lo stesso pagamento viene considerato come il prezzo di acquisto del credito.

Pel Codice civile germ. § 774, il credito del creditore contro il debitore principale passa immediatamente in forza di legge al fideiussore, quando questi abbia sodisfatto il creditore.

§ 81. — **Rapporti tra parecchi fideiussori.**

I. Se più persone hanno garantito il medesimo debito, ognuno dei fideiussori è tenuto solidamente, e quindi per l'intero (1).

---

cipale. Infatti, se allora non ha l'*actio negotiorum gestorum contraria*, ciò non può opporsi al suo diritto alla cessione delle azioni. In generale però deve dirsi, che il creditore debba cedere le azioni, nè possa ricavare alcuna obiezione dal fatto, che il fideiussore non può fare alcun uso dell'*actio cessa* di fronte al debitore principale, per essere interceduto *donandi animo*, o per essere magari materialmente interessato. Queste questioni vanno invece discusse tra il fideiussore ed il debitore principale, il quale all'*actio cessa*, entro tali presupposti, può opporre una *exceptio*. Cfr. Cod. civ. germ., § 774, capov. 1°, periodo 3°: [« Le eccezioni del debitore principale derivanti dal rapporto giuridico sussistente tra lui e il fideiussore restano integre »]. Una ulteriore questione è, se il fideiussore, il quale, in conseguenza di remissione o di transazione ha soddisfatto il creditore con una somma minore, e nondimeno ha ricevuto la piena cessione del credito contro il debitore principale, possa agire per l'intero ammontare del credito. Di ciò precisamente si occupa la monografia del Keil — vedi più sopra nota 6 —. L'esatta opinione è, che il debitore principale, di fronte all'*actio cessa*, può opporre una eccezione, poichè il fideiussore non deve arricchirsi a spese di lui, e solo allora tale eccezione non ha luogo, quando il creditore volle donare al fideiussore. Secondo il Cod. civ. germ., § 774, il credito passa al fideiussore, « in quanto » egli abbia soddisfatto il creditore. — In forza della cessione delle azioni passano al fideiussore anche i privilegi e le garanzie del credito contro il debitore principale; cfr. però sopra § 51, nota 6. Ma ciò solo in quanto il creditore non ne patisca alcun danno. Se perciò un creditore ha un diritto di pegno per parecchi crediti, e per uno di essi ha un fideiussore, egli è solo allora obbligato alla cessione del suo diritto di pegno al fideiussore che paga, quando tutti i suoi crediti assicurati dal pegno vengono estinti: c. 2, § 1, Cod. *h. t.*, 8, 40; vedi anche Trib. Imp., vol. III, pag. 183; Cod. civ. germ., § 774, capov. 1°, periodo 2°. [c. 2 cit.: « Creditori, « qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideius- « sorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. quod cum facit, debet « ius pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora « vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, « quam omne debitum exsolvatur »; § 774 cit.: « Il passaggio (del credito al fideiussore) non può essere fatto valere a svantaggio del creditore »].

(1) C. 3, § 2, Cod. *h. t.*, 8, 40, § 4, Inst. *de fideiussoribus*, 3, 20, nota 3; Cod. civ. germ., § 769 [c. cit.: « Nam licet significes adiectum in obligatione, « ut singuli in solidum tenerentur, tamen nihil haec res mutat condicionem iuris « et constitutionem. nam et cum hoc non adiciatur, singuli tamen in solidum

Originariamente neanche il fideiussore che pagava aveva il regresso contro i confideiussori da lui liberati, e così pure più tardi, secondo i principii, si mantenne ferma una tale regola (2).

II. Tuttavia due beneficî effettuavano una divisione dell'onere.

1° In forza del diritto alla divisione, *beneficium divisionis*, accordato da Adriano ai fideiussori ed ai mandatari, il fideiussore convenuto può chiedere la divisione dell'azione del creditore, tra tutti quanti i confideiussori, solvibili al tempo in cui l'azione viene intentata (3-4).

Questo beneficio compete ai fideiussori, senza differenza se essi insieme garantirono, ovvero separatamente ed indipendentemente l'uno dall'altro (5).

Se l'obbligazione di colui, che entrò garante insieme con noi, è nulla od annullabile, non si può domandare la divisione dell'azione, malgrado che la fideiussione sia avvenuta in comune. L'opinione e la fiducia del fideiussore, di avere accanto a sè un confideiussore e per conseguenza quel beneficio, non possono valere a sostituire l'obiettivo fondamento di esso (6).

« tenentur: sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur ». § 769 cit.: « Se parecchi garantiscono per la medesima obbligazione sono tenuti come debitori solidali, anche se non assumono in comunione la garanzia »].

(2) § 4, Inst. *h. t.*, 3, 20; fr. 39, D. *eod.*, 46, 1; c. 11 pr., Cod. *h. t.*, [fr. 39 cit.: « Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est. ideoque « si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis cum alter electus a creditore « totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confide« iussore convenietur ». c. 11 pr. cit.: « Cum alter ex fideiussoribus in solidum « debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fideiussit non competit »].

(3) § 4, Inst. *de fideiussoribus*, 3, 20: « Si plures sint fideiussores, quotquot « erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori a quo « velit solidum petere. sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a sin« gulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere. ideoque « si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. sed « si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum « erit, si is pro quo fideiussit solvendo non sit: et sibi imputare debet, cum potuerit « adiuvari ex epistula divi Hadriani et desiderare, ut pro sorte in se detur actio ».

(4) Sul *beneficium divisionis* cfr. Hasenbalg, *loc. cit.*, pag. 466; vedi ivi la bibliografia più antica; inoltre il Brinz, vol. II, pag. 256, n. 1; Carlo Knoll, *Il « beneficium divisionis » del fideiussore* [Das b. d. des Bürgen]. Dissertazione Univ. di Breslavia, 1895. Riguardo alla *lex Furia*, che conteneva una simile norma, vedi sopra § 76.

(5) L'opinione non di rado sostenuta, che il *beneficium divisionis* competa solo a quei fideiussori che garantirono in comune, non corrisponde alle fonti: vedi ad esempio il § 4, I. *h. t.*, 3, 20, sopra riportato alla nota 3. Cfr. contro questa limitazione il Girtanner, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XLIII, n. 12; Hasenbalg, *loc. cit.*, pag. 477; Goldschmidt, negli *Annali di* Ihering, pag. 351.

(6) Il Windscheid veramente afferma, che il diritto alla divisione sussista, malgrado della invalidità della garanzia dei confideiussori, se il fideiussore aveva

Il beneficio non aveva luogo in Roma nemmeno quando il creditore aveva, già prima della scadenza, rimesso il debito garantito al confideiussore (7). Ma allo sviluppo del diritto moderno non si addice, che il creditore possa arbitrariamente peggiorare la condizione dei fideiussori (8).

Se il creditore, il quale ha convenuto uno dei fideiussori per l'intero, contesti la solvibilità dei confideiussori, il convenuto, se vuole venire a capo della divisione, dovrà assumerne sopra di sè il rischio, e prestar cauzione al creditore per gli svantaggi che da essa possono derivargli (9-10).

---

buone ragioni per credere, che egli sarebbe tenuto responsabile solo per la sua parte: vol. II, § 479, nota 7; così pure il Brinz, vol. II, pag. 190, nota 7, e Goldschmidt, *loc. cit.*, pag. 354. Ciò mi sembra che sposti la base, sulla quale riposava il *beneficium divisionis* romano. Infatti poichè l'assenza stessa e l'insolvenza del confideiussore escludono l'eccezione, di certo essa dovrà venir meno, quando il supposto fideiussore non è per nulla tenuto. Il fr. 48, D. *h. t.*, non sta punto a sostegno dell'opposta teoria. [« Si Titius et Seia pro Maevio fideius- « serint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem, cum « scire potuerit aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere. Huic « similis et illa quaestio videri potest, ob aetatem si restituatur in integrum « unus fideiussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. sed ita « tamen demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter « incertum aetatis ac restitutionis. quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut « fideiubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, « quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem « utilem actionem sibi dari »]. Cfr. su tale testo il Girtanner, *loc. cit.*, pag. 462, e nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XLIII, pag. 286, come pure Hasenbalg, *loc. cit.*, pag. 507.

(7) Nel fr. 15, § 1, D. *h. t.*, 46, 1. Giuliano, libro 51, *Digestorum*, scrive: « Si « ex duobus, qui apud te fideiusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque « tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero quindecim petere « institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fide- « iussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris ». È affatto inammessibile il riferire l'espressione « *nulla* » *exceptione* ad una sola *exceptio*, e cioè alla *exceptio pacti*, come fa il Girtanner, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XLIII, pag. 281, ed il Goldschmidt, *loc. cit.*, pag. 367; così dicasi della proposta del Dedekind, pag. 123, di leggere addirittura « *decem* » invece di « *quindecim* ». Ciò non significa spiegare, bensì interpretare cancellando; cfr. veramente il Windscheid, vol. II, § 479, nota 7. Contrariamente a ragione il Hasenbalg, pag. 488. Solo una cosa può concedersi, che cioè la sentenza di Giuliano è diretta al caso della remissione del credito prima della scadenza.

(8) Cfr. più sotto § 82, nota 7.

(9) Per ciò che riguarda il modo procedurale di far valere il *beneficium divisionis*, s'intende come sia pregiudizievole l'ammettere una prova sul fatto, se i confideiussori del convenuto siano solventi. Essa trae in lungo la lite, cacciandovi in mezzo l'esame di una questione, la quale spesso è assai dubbia, e si risolve da sè nella esecuzione forzata. Perciò i Romani non si sono di regola lasciati andare ad una profonda disamina di essa. Anzi il procedimento era il

Il beneficio non ha più luogo:

a) se il convenuto neghi la sua fideiussione (11);

b) se il confideiussore è assente, o se altre particolari difficoltà si oppongono alla citazione di esso (12);

---

seguente: *a*) Il pretore aveva proposto un'*actio divisa*, alla quale il creditore si limitava, se egli ammetteva *in iure* la solvenza del confideiussore o se questa era notoria. PAULUS, sent. I, 20; c. 10, § 1, Cod. *h. t.*, 8, 40 — dove evidentemente si è interpolato « *condemnationem* », in luogo di « *litis contestationem* » — cfr. LENEL, *Edictum*, pag. 171. Intentata una volta l'*actio divisa*, non nuoceva più ai confideiussori, convenuti per la loro parte, il fatto che il loro confideiussore più tardi divenisse insolvente: fr. 51, § 4; fr. 52, § 1, D. *h. t.*, 46, 1; c. 16, Cod. *h. t.*, 8, 40. [PAULUS., sent. cit.: « Inter fideiussores ex edicto praetoris, si sol- « vendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur ». c. 10, § 1 cit., rip. al § 79, nota 4; fr. 51, § 4 cit.: « Cum inter fideiussores actione divisa « quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus eius qui « solvendo est non pertinet, nec auxilio defendetur aetatis actor: non enim deceptus « videtur iure communi usus ». fr. 52, § 1 cit.: « Inter fideiussores actione divisa « condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudi- « catum persequi potuerunt, damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, « qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implo- « rabitur ». c. 16 cit.: « Fuit liberum, antequam adversus omnes fideiussores lis « contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo ceteros minus idoneos exi- « stimaret. at nunc post litis contestationem petitionem divisam redintegrari « iuris ratio non patitur »]; *b*) Se il creditore — *in iure* — contestava la solvenza del confideiussore, il fideiussore convenuto per l'intero poteva chiedere la divisione dell'azione, solo quando egli ne assumeva il rischio, ed offriva cauzione per l'indennizzo del creditore: fr. 10 pr., D. *h. t.*, 46, 1. ULPIANUS, libro 7, *disputationum*: « Si dubitet creditor, an fideiussores solvendo sint, et unus ab eo « electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confideiussores conve- « niantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat « et omnes confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint ». Cfr. c. 16, Cod. *h. t.*, 8, 40 cit.; *c*) Oltracciò dice PAOLO, fr. 28, D. *h. t.*, libro 25, *ad edictum*: « Si contendat fideiussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei « dandam ' si non et illi solvendo sint ' ». Da questo stesso frammento risulta, che trattavasi, per ciò che riguarda questa *exceptio*, di un procedimento non ordinario. Esso era stabilito per quei casi, in cui il creditore insisteva senz' altro sull'azione *in solidum* contro il fideiussore scelto, ed era pronto a far trattare *in iudicio* la questione della solvibilità dei confideiussori, essendo certo della loro insolvenza. La pratica del diritto comune concedeva per lo più al fideiussore convenuto la prova, che i suoi confideiussori fossero insolventi, ovvero si addossava persino al creditore la prova della insolvenza dei confideiussori. Ciò aveva non senza ragione portato in discredito il *beneficium divisionis*; infatti in una tale prova il sacrifizio di tempo e di danaro era maggiore del vantaggio che possibilmente potevasi ottenere. Cfr. SOKOLOWSKI, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*. Parte romanistica, vol. XI, pag. 278.

(10) La pratica del diritto comune diede al fideiussore la cosiddetta *provocatio ex lege « si contendat »*, mettendo a partito a questo scopo il fr. 28, D. *h. t.*, sopra riportato alla nota 9. Mediante tale *provocatio* il fideiussore sfidava il creditore all'azione, per assicurarsi il *beneficium divisionis*: la condanna infatti del

c) nel caso della rinunzia, e particolarmente anche quando si assuma una garanzia « come stesso debitore ».

Il Codice civile ha in generale abolito il beneficio.

2° Se uno tra parecchi fideiussori abbia coi suoi mezzi pagato il debito per intero, ovvero oltre la sua quota virile, non gli si potrà giustamente rifiutare il regresso contro i suoi confideiussori. Il diritto romano più antico non conosceva a dir vero alcuna via che menasse a ciò, dacchè tra i confideiussori non esisteva alcun contratto, e quindi nessuna azione. La giurisprudenza progredita provvide indirettamente con la cessione dell'azione, costringendosi il creditore a cedere al fideiussore che avesse pagato, le sue pretese contro i confideiussori, all'atto del pagamento ovvero anche dopo (13). Ciò costituisce il momento di

---

provocato aveva luogo nel senso, che, quando egli più tardi agisse, poteva essergli opposta la eccezione della divisione, come se allora stesso egli agisse; per la qual cosa non nuoceva al provocante, che i confideiussori prima solvibili divenissero insolvibili nel tempo intermedio. Anche per la conservazione degli altri benefici del fideiussore si accordarono analoghe « provocazioni ». cfr. HASENBALG, pag. 627. La legge di proc. civ. non conosce più tali « provocazioni ». Si è partiti dal concetto che esse sieno divenute superflue per effetto delle « azioni di constatazione » (§§ 256, 280 della legge di proc. civ.; cfr. vol. I, § 134). Ciò veramente non è esatto per la *provocatio ex lege si contendat*.

(11) Fr. 10, § 1, *h. t.*, 46, 16 [rip. al § 79, nota 12].

(12) Fr. 10 pr., D. *h. t.*, 46, 1 [rip. più sopra, nota 9].

(13) Fr. 17; fr. 36; fr. 41, D. *h. t.*, 46, 1; c. 11, § 1, C. *h. t.*, 8, 40; fr. 12, D. *rem pupilli salvam fore*, 46, 6. [Fr. 17 cit.: « Fideiussoribus succurri « solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere « ceterum nomina »; fr. 36 cit.: « Cum is qui et reum et fideiussores habens « ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici « nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed « non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris « venditit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones »; fr. 41 cit. rip. al § 79 nota 8; c. 11, § 1 cit.: « Potuisti sane, cum fisco solveres, « desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita « factum est, cessis actionibus uti poteris. quod et in privatis debitis observandum « est »; fr. 12 cit.: « Si plures fideiussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum « distringendum, sed in unum dandam actionem ita. ut ei, qui conveniretur, actiones « praestarentur. nec quisquam putaverit ab iure discessum, postquam pro ea parte « placuit tutores condemnari, quam administraverunt, et ita demum in solidum, « si res a ceteris non servetur et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere « supersederit: nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam « iuris desiderasse. ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem « agentibus. ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non « ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae « actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae « quaestiones apud diversos iudices constituerentur »]. HASENBALG, pag. 428; Trib. Imp., vol. XVIII, pag. 275. D'altra opinione SAVIGNY, *Dir. Obl.*, vol. I, pag. 273.

transizione storico. Secondo il diritto comune deve ammettersi, che il diritto del creditore contro i confideiussori, allo scopo del regresso, passa di diritto al fideiussore che paga. Una cessione espressa è superflua, perchè senza interesse per le parti.

È conforme a ciò il diritto del Codice civile (14).

§ 82. — **Fine della fideiussione.**

La fideiussione ha fine per le cause di estinzione comuni alle obbligazioni, ma soggiace anche a particolari cause di estinzione, in conseguenza del suo scopo di essere un mezzo di assicurazione.

1. Con l'estinzione dell'obbligazione principale finisce anche la fideiussione (1).

Ciò vale incondizionatamente solo per la completa estinzione, per es., pel pagamento od altro sodisfacimento, ovvero per confusione. Ma se

---

(14) Per esso il credito del creditore passa al fideiussore che paga, in quanto egli ha sodisfatto il creditore, e può pretendere dagli altri fideiussori il pareggiamento. Cfr. Cod. civ. germ., § 774, capov. 2°, in connessione col § 426.

(1) Fr. 43, D. *de solutionibus*, 46, 3, riportato al vol. I, § 261, nota 7. [« In « omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta ad promis- « sores hypothecae pignora, praeter quam quod inter creditorem et adpromissores « confusione facta reus non liberatur »]. Non è una contraddizione, che la fideiussione perduri, anche quando il debitore principale non lasci dopo la sua morte alcun erede: fr. 95, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3; fr. 1, § 14, D. *depositi*, 16, 3; infatti l'eredità rappresenta il defunto. [Fr. 95 cit., riportato al § 27, nota 11; fr. 1, § 14 cit.: « Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere « iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et « ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depo- « siti esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum « nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia « rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur « non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo « fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed « et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem « depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque « successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione « praastari solet »]. Che la fideiussione, in contrapposto all'obbligazione correale, si estingua anche nel caso del perimento del debito principale per confusione, è esposto nel fr. 71 pr., D. *h. t.*, 46, 1: [riportato al § 73, nota 14]. — Confronta Kretschmar, *La confusione*, pag. 118 sgg. — Contro il perimento della fideiussione, in conseguenza della estinzione del debito principale, si dichiara il Girtanner, pag. 495: la fideiussione sarebbe una « estensione » dell'obbligazione principale, e perciò questa parte del rapporto giuridico potrebbe perdurare, anche quando l'altra, il debito principale, fosse di già rimossa. Ma questo concetto della fideiussione è sbagliato — cfr. sopra, § 77, nota 5 — e la conseguenza che da esso ha ricavata non è nemmeno in accordo con le fonti. Vedi Hasenbalg, *loc. cit.*, pag. 295.

sopravviva una obbligazione naturale (2), ovvero l'obbligazione venga rimossa solo per via di eccezione (3), la fideiussione può mantenersi ancora in pieno vigore.

Se il fideiussore ha colposamente distrutto l'oggetto specifico dell'obbligazione, il debitore principale viene liberato; infatti per lui ciò costituisce un caso fortuito, del quale non deve rispondere. Ma il fideiussore non può appoggiarsi a ciò: egli resta tenuto per la garanzia, quantunque naturalmente solo al risarcimento in danaro (4).

2. La garanzia si estingue inoltre, se il debito principale e quello del garante si concentrano, per es., per successione, nella medesima persona. Ma essa perdura, se il debito del garante è più vantaggioso al creditore del debito principale (5), in particolare se il debito principale è sfornito di azione, e l'altro invece ne sia fornito, ovvero sia assicurato da pegno (6).

---

(2) Fr. 60, D. *h. t.*, 46, 1: [« rip. al § 78, nota 5 »].

(3) Sul diritto del fideiussore d'invocare le eccezioni del debitore principale, cfr. più sopra, § 79, nota 5.

(4) Originariamente si dava in tali casi solo un'*actio doli*. Ciò viene riferito da Papiniano, libro 37 *quaestionum*, fr. 19, D. *de dolo*, 4, 3: « Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum « oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato « per consequentias ipse quoque dimittitur »; cfr. anche fr. 38, § 4, D. *de solutionibus*, 46, 3: [« Si quis pro eo reverso fideiusserit, qui, cum rei publicae « causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fideiussor « liberetur? quod Iuliano non placebat, et quidem si cum fideiussore experiundi « potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui « debere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit ». Papiniano stesso però non trovavasi su questo punto di vista, ma concedeva di già l'azione in base al contratto di fideiussione: libro 28 *quaestionum*, fr. 95, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3; cfr. sopra, § 27, nota 12. — Ivi egli, dopo esaminati i rapporti dell'obbligazione alternativa, continua: « Aliter quam in persona « fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione « fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset ». Così anche Paolo nel fr. 88, D. *de verborum obligationibus*, 45, 1: [« Mora rei fide« iussori quoque nocet. sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, « mortuo Sticho fideiussori succurrendum est. sed si fideiussor hominem occiderit, « reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest »]. Cfr. Vangerow, vol. III, § 578, nota 2. Una soluzione problematica tenta il Huschke, *Gaius*, pag. 80. Il Cod. civ. germ. nulla contiene sulla questione.

(5) Fr. 95, § 3, D. *de solutionibus*, 46, 3. Papinianus, libro 28 *quaestionum*: « Quod volgo iactatur fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideius« sionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio « invenitur ».

(6) Fr. 38, § 5, D. *de solutionibus*, 46, 3. Africanus, libro 7 *quaestionum*. « Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit: post « idem heredem te instituit. quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilo « minus tamen pignus obligatum manebit. at si idem alium fideiussorem dederit

3. Il fideiussore è liberato, se il creditore, con la rinunzia a dei diritti, o per negligenza nel procurarsi il sodisfacimento del debito, lo abbia privato dei rimedi legali, che debbono preservarlo dal danno, o ne abbia scemato l'effetto.

Questa regola è veramente estranea al diritto romano della fideiussione, ma corrisponde al concetto, in cui, secondo l'odierno modo di vedere, vengono assunte le garanzie, ed allo sviluppo della fideiussione sin dal medio evo (7-8).

« atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione eius, « pro quo fideiussum sit, eum quoque qui fideiusserit liberari. Cfr. DERNBURG, *Diritto di pegno,* vol. II, pag. 592. Africano ritiene estinta la fideiussione succedanea — diversamente che il diritto di pegno — per esser perita la fideiussione principale per confusione. Ma Papiniano non ammette più tale confusione, se la fideiussione offre al creditore maggiori vantaggi che il credito principale. Tale è il caso, quando per essa sia costituita una fideiussione succedanea. Secondo il suo concetto dunque la fideiussione principale deve mantenersi, e con essa la fideiussione succedanea. La decisione di Africano è antiquata. Veramente il GOLDSCHMIDT negli *Annali di* IHERING, vol. XXVI, pag. 353, proclama che: « niun dubbio sia possibile » riguardo al valore di essa, ed avverte « di essere alquanto più cauti, nel voler supporre dei principii giuridici antiquati ». Ma egli non ha riconosciuto il punto saliente. — Come sopra, anche il KRETSCHMAR, fondandosi sullo sviluppo postromano (*loc. cit.*, pag. 70).

(7) Sin dal tempo dei glossatori venne posto il principio, che la *exceptio cedendarum actionum* divenga perentoria, quando il creditore non possa, o non possa con risultato, cedere le azioni. Di questa opinione era anche Bartolo, ed essa divenne *communis opinio*: cfr. GIRTANNER, pag. 212. Il Girtanner stesso la combatte a ragione, partendo dal punto di vista romano; infatti secondo lui il fideiussore poteva pretendere la cessione delle azioni tanto contro il debitore principale, che contro i confideiussori, solo nel presupposto che il creditore avesse una azione. All'incontro il Girtanner stesso afferma, pag. 483, che la *exceptio escussionis* divenga perentoria, quando il creditore abbia indugiato la escussione del debitore principale, per modo che questa non potè più avere alcun risultato. Ma neanche ciò può punto dimostrarsi con la nov. 4, cap. 1. L'opinione esatta è esposta dall'ARNDTS, § 357, nota 2. « Il punto di vista decisivo per il diritto odierno, egli dice, è, che ogni fideiussione deve giudicarsi *ex fide bona*: a questa può il creditore contravvenire quando egli, col suo fatto, od anche con la sua negligenza, ha reso vani i rimedi legali, che competono al fideiussore, e nondimeno rivolge contro di lui le sue pretese. Solo non ogni tollerante indugio nell'escussione del debitore deve senz'altro valere come una colpa in danno del fideiussore ». Cfr. anche Trib. Imp. nell'*Archivio di* SEUFFERT, vol. LII, num. 154.

(8) Il Cod. civ. germ., § 776, dispone: Se il creditore rinunzia ad un diritto di privilegio congiunto col credito, ad un'ipoteca o ad un diritto di pegno per esso costituito, o al diritto contro un confideiussore, il fideiussore vien liberato, in quanto egli, secondo il § 774 (cfr. più sopra § 80, nota 9), avrebbe potuto ottenere un risarcimento dal diritto abbandonato. Ciò vale anche quando tale diritto è sorto solo dopo l'assunzione della fideiussione.

Capitolo III.

Le intercessioni.

§ 83. — Concetto e specie della intercessione (1).

1. L'intercessione è l'assunzione di un debito, ch'è a noi materialmente estraneo.

La intercessione può consistere nella contrattazione di un debito personale, od anche nella costituzione di un diritto di pegno, per il debito altrui (2).

Si distinguono le intercessioni in cumulative e privative.

a) Nelle intercessioni cumulative s'interviene accanto a colui, cui l'obbligazione materialmente riguarda. Ciò può avvenire come fideiussore, od obbligandosi come debitore correale accanto alla persona materialmente interessata (3), od infine anche mediante costituzione di pegno per l'altrui debito.

b) Nelle intercessioni privative s'interviene al posto della persona realmente interessata nel rapporto obbligatorio. E propriamente taluno si può da solo obbligare sin dal principio per colui, cui concerne il debito, per es., traendo una cambiale, mentre un altro riceve la valuta, cioè il rimborso del valore per la cambiale (4). Si può inoltre

---

(1) Sintenis, *Delle intercessioni e di alcune specie di esse* [Von Intercessionen und einigen Arten derselben] nella *Rivista* del Linde, vol. X, n. 2; Deurer, *Sul concetto dell'intercessione* [Ueber den Begriff der Intercession] nell'*Archivio per la pratica civile,* vol. XXVIII, n. 15; Hasenbalg, *Contributi alla teoria della intercessione* [Beiträge zur Lehre von der Intercession], 1856; Brinz, vol. II, pag. 230; Tuhr, *L'actio de in rem verso*, pag. 46.

(2) Cfr. vol. I, § 266. nota 16.

(3) Fr. 17, § 2, fr. 18, D. *ad S. C. Velleianum,* 16, 1 [fr. 17, § 2, cit.: « Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniae rei « facti sunt: non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat. « nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset, « maius damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non « esset vel quod fundus communis in publicum committeretur, potius esse, ut « senatus consulto locus non sit. at si in aliquam emptionem mutua pecunia sit « accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri et ideo creditorem partem « dumtaxat pecuniae a muliere petere posse: quod si totum petierit, exceptione « pro parte summovetur »; fr. 18, cit.: « Idem et si pro debitore meo Titius et « mulier duo rei intercesserint »].

(4) Tali intercessioni vengono non di rado dette « *tacitae* ». Degli esempi trovansi nei ffr. 8, § 14, 29, D. *ad S. C. Velleianum*, 16, 1 [fr. 8, § 14, cit.: « Si, cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius con-« traham, videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quae instituit magis « quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo

entrare al posto del precedente debitore, mediante espromissione od accollo di debito (5).

Non intercede chi è il materiale interessato: così ad es., quando un terzo compri per me una cosa come mio indiretto rappresentante, ed io garantisca per il pagamento del prezzo (6).

2. Si ha anche una intercessione quando taluno si obbliga per un debito altrui, nella supposizione che si tratti di un debito proprio, Se, per es., taluno dà in pegno un suo fondo per un debito ereditario, ritenendo essere egli l'erede, mentre l'erede e quindi il vero debitore è un altro, si ha qui, obiettivamente, una intercessione (7).

« mulier est obligata: verbi gratia si per stipulationem mulier, et tu quasi ex sti-« pulatu convenieris »; fr. 29, cit.: « Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam « pecuniam dare et cum eis contrahere: sed quoniam facultates eorum suspectas « habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam et ab ea pignus accipere: « mulier eandem pecuniam dedit heredibus et ab his pignus accepit: quaero an « intercessisse videatur et an pignora, quae ipsa accepit, teneantur creditori. Paulus « respondit, si creditor, cum contrahere vellet cum heredibus Lucii Titii, evitatis « his magis mulierem ream elegit, et in ipsius persona senatus consulto, quod « de intercessionibus factum est, locum esse et pignora ab ea data non teneri. « eas autem res, quas mulier ab his, pro quibus intercedebat, pignori accepit, « creditori mulieris obligatas non esse. sed non sine ratione praetorem facturum, « si non tantum in persona subducta muliere in principales debitores dederit « actionem, sed etiam in res, quae mulieri obligatae sunt. Paulus respondit ea, « quae in fraudem senatus consulti, quod de intercessione feminarum factum est, « excogitata probari possunt, rata haberi non oportere »].

(5) In Roma ciò pure avveniva mediante l' assunzione della difesa personalmente obbligante, contro l'azione creditoria per mezzo della *litis contestatio*; fr. 2, § 5, D. *ad S. C. Velleianum*, 16, 1, come ancora mediante la stipulazione d'un compromesso per il debitore; fr. 32, § 2, D. *de receptis*, 4, 8; cfr. vol. I, § 165 [fr. 2, § 5, cit.: « Sed et si mulier defensor alicuius exsiterit, procul dubio inter-« cedit: suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat « condemnationem. proinde neque maritum neque filium neque patrem permittitur « mulieri defendere »; fr. 32, § 2 cit.: « Si mulier alieno nomine compromittat, « non erit pecunia compromissa propter intercessionem »].

(6) Fr. 3, fr. 13 pr., fr. 22, fr. 24 pr., D. *ad S. C. Velleianum*, 16. 1 [fr. 3 cit.: « Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum « venditorem hereditatis sibi venditae vel fideiussorem suum defendat, intercedere « non videtur »; fr. 13 cit.: « Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat « mulier, non adiuvatur hoc senatus consulto: quod tum accidit, cum prima facie « quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat. ut ecce si ancilla « ob pactionem libertatis expromissore dato post manumissionem id ipsum susci-« piat quod expromissor debeat, aut si hereditatem emerit et aes alienum here-« ditarium in se transcribat, aut si pro fideiussore suo intercedat »; fr. 22, cit.: « Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si « ea expromiserit, locum non esse senatus consulto Pomponius scribit, quia man-« dati actione obligata in rem suam videtur obligari »; fr. 24, cit.: « Debitrix mulier « a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit: non utetur exceptione »].

(7) Fr. 23, D. *ad S. C. Velleianum*, 16, 1, riportato più giù al § 84, nota 6.

Il più delle volte però l'intercessione ha luogo coscientemente, per giovare ad altri, e procurargli del credito ovvero dilazioni. Noi possiamo designare come veri e propri negozi d'intercessione quelli, i quali derivano dalla intenzione d'intercedere.

Allora l'intercedente non vuole di regola sacrificar nulla del proprio, e nemmeno far delle anticipazioni.

A lui compete di regola contro colui pel quale ha interceduto, in caso di rischio, l'azione per la garanzia, — dopo la sua condanna, l'azione per la garanzia o per la liberazione (8), — dopo il pagamento, l'azione per il rifacimento.

Se l'intercessione avvenne colla scienza e colla volontà del debitore, l'intercedente ha per i detti scopi l'*actio mandati contraria*; se essa avvenne senza la volontà di lui, ma senza il suo divieto e gli fu vantaggiosa, l'*actio negotiorum gestorum*. Nel caso poi che coll'intenzione d'intercedere si fosse insieme congiunta quella di una eventuale donazione di quanto avesse sborsato, cioè l'*animus donandi*, queste pretese naturalmente non sussistono.

§ 84. — **I beneficî giuridici delle donne** (1).

Secondo il modo di vedere del popolo romano, l'intercessione era un affare proprio degli uomini, e non già delle donne. Tale concetto fu rafforzato dal *S. C. Velleianum*, il quale vietò ad esse l'intercessione. Giustiniano accrebbe assai i beneficì delle donne. La pratica del diritto comune all'incontro li indebolì nella loro essenza, in base ai mutati rapporti economici e ai criteri dei tempi nuovi; le nuove leggi territoriali li rimossero nella maggior parte degli Stati tedeschi; il Codice civile li ha in generale aboliti.

1. Il *S. C. Velleianum* vietava alle donne di prestar garanzia, come pure di obbligarsi a favore di altri, mediante l'assunzione di

(8) Cfr. più sopra, § 80, nota 5.

(1) Tit. Dig. *ad S. C. Velleianum*, 16, 1, Cod. 4, 29; KATTENHORN, *Sulle intercessioni delle donne* [Ueber Intercessionen der Frauen], 1840; BACHOFEN, *Il senatoconsulto Velleiano* [Das Vellejanische Senatuskonsult], nelle sue *Teorie scelte di diritto civile* [Ausgewählte Lehren des Civilrechtes], 1846, Parte prima; WINDSCHEID, *Intorno al principio del Senatoconsulto Velleiano* [Ueber das Prinzip des *S. C. Velleianum*] nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XXXII, n. 12 e 13; GRADENWITZ, *L'invalidità dei negozi giuridici obbligatorii* [Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte], pag. 69. Vedi inoltre gli scrittori citati sopra al § 83, nota 1.

debiti per mutui (2). Si derivò da ciò il divieto generale di obbligarsi per debiti altrui (3).

Le donne si consideravano di cuor leggiero abbastanza, per promettere senza farsi presente, che poi dovessero mantenere la promessa, se non pagasse colui cui il debito riguardava. Perciò si vietò loro di obbligarsi. All'incontro si permise ad esse, senza scrupoli, di pagare debiti altrui, od estinguerli con dazioni in pagamento, ovvero altrimenti rimuoverli mediante sacrifizi immediati, poichè qui il sacrifizio si faceva sentire immediatamente e potevasi comprendere in modo preciso (4-5).

Il S. C. colpiva le intercessioni senz'altro, perciò anche quelle che non procedevano dalla intenzione d'intercedere, ma dall'erronea opinione di essere le donne personalmente interessate (6). Vi fu però una teoria,

(2) Le parole del *S. C.* vengono tramandate dal fr. 2, § 1, D. *h. t.*, 16, 1: « Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus « feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita « censuere: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesse- « rint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine « ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officis fungi et eius « generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque « ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in « ea re senatus voluntas servetur ». Il *S. C.* appartiene all'anno 46 d. C. Il console del resto si chiamava Vellaeus, la denominazione dipende quindi da una corruzione del nome. Non era necessaria una modificazione dell'editto pretorio, per far valere la volontà del Senato, ma bastava piuttosto la generale clausola proposta nell'editto « si in ea re nihil contra legem senatusveconsultum factum sit », la quale, in caso di giudizio, veniva completata con l'aggiunta della parola « Velleianum » nella formula dell'azione. Ma il pretore creò due azioni, per venire in soccorso al creditore, il quale, per l'invalida intercessione della donna, aveva perduto un debitore. Vedi LENEL, *Edictum*, pag. 229.

(3) Fr. 2, § 4, D. *h. t.*, 16, 1 [« Omnis omnino obligatio senatus consulto « Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocumque alio contractu « intercesserint »].

(4) Fr. 4, § 1, fr. 5, D. *h. t.*, 16, 1 [fr. 4, § 1 cit.: « Proinde si, dum vult « Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam et eam Titio donavit, cessabit « senatus consultum. sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, « non intercedit: senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti: « hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat »; fr. 5, cit.: « Nec « interest, pecuniam solvendi causa numeret an quamlibet suam rem in solutum « det: nam et si vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit sive « emptorem delegavit creditori alieno, non puto senatus consulto locum esse »].

(5) Sulla rinunzia ad un diritto di pegno, e sulla priorità del diritto di pegno, cfr. DERNBURG, *Diritto di pegno*, vol. II, pag. 544.

(6) Quant'oltre si giunse, risulta dal fr. 23, D. *h. t.*, 16, 1. PAULUS, libro singulari, *ad S. C. Velleianum*: « Si mulier in iure interrogata responderit se heredem « esse, si sciens se heredem non esse responderit, minime intercessisse videri, « quia decepit: quod si existimavit se heredem et eo nomine decepta responderit, « in eam actionem quidem dari plerique existimaverunt, sed exceptione senatus

secondo la quale soggiacevano al divieto solo i negozi d'intercessione veri e propri, conchiusi nella intenzione di procurar credito ad un terzo (7). Questa è la teoria che corrisponde al più recente concepimento giuridico.

Il divieto dell'intercessione non ha luogo naturalmente, quando solo secondo l'apparenza esterna vi abbia una intercessione, per es., una fideiussione, mentre in realtà si provvide ad un proprio affare.

Che esso venisse meno anche quando l'intercessione aveva luogo *donandi animo*, è di frequente invero affermato, ma non dimostrato (8).

Il divieto dell'intercessione non ha luogo:

a) nell'interesse del commercio, quando il creditore non sapeva, per errore scusabile, essere la donna che intercedeva (9);

« consulti adiuvari ». Secondo il fr. 8, § 2, D. *h. t.*, 16, 1, la questione però appare controversa tra i giuristi romani. Vedi BRINZ, vol. II, pag. 232, nota 7 [fr. 8, § 2, cit. : « Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro « Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas Iulianus libro duodecimo digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo « apud creditorem eius, et ideo et Primo restitui obligationem et adversus eum. « Marcellus autem notat esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio « mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem trans- « ferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debetrix delegetur, scilicet ut, « si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. proinde secundum hanc suam « distinctionem in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei « senatus consulti Marcellus non daret : sed condemnata vel ante condemationem « condicere utique ei a quo delegata est poterit vel quod ei abest vel, si nondum « abest, liberationem »].

(7) WINDSCHEID, *loc. cit.*, pone come principio del *S. C. Velleianum* « che si venga in soccorso alla donna solo quando ella assuma l'obbligazione altrui, nella aspettativa di non dovere punto pagare ». Così anche HASENBALG, *Contributi alla teoria dell'intercessione*, Parte prima [Beiträge zur Lehre von der Intercession]. Contro di ciò il BRINZ, *loc. cit.*, pag. 233. Se il principio del WINDSCHEID fosse stato decisivo, sarebbero incomprensibili le decisioni simili a quella contenuta nel fr. 23, cit. Cfr. del resto WINDSCHEID, *Pandette*, vol. 38, § 485, nota 3.

(8) I moderni negano in preponderanza, che le intercessioni, le quali seguono *donandi animo*, siano colpite dal divieto della intercessione. Però anche siffatti negozi costituiscono delle intercessioni, e solo oltre a ciò sono eventualmente delle donazioni. Esse perciò cadono in sè sotto il divieto dell'intercessione; in nessun luogo viene attestata una eccezione per esse. Che alle donne vengano permesse le donazioni non può qui a ragione essere addotto; fr. 4, § 1; fr. 21, § 1, D. *h. t.*, 16, 1. Così il SEUFFERT, *Archivio*, vol. XV, n. 224 [fr. 21, § 1, cit. : « Item « si quid liberaliter fecerit, veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur. « non erit tuta senatus consulto : oneribus enim earum senatus succurrit »].

(9) Fr. 4 pr., fr. 6, fr. 11, fr. 12, fr. 27 pr., fr. 28, § 1, D. *h. t.*, 16, 1 [fr. 4 pr., cit. : « Sed si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum ignorarem « cui haec factum vellet, non dubito senatus consultum cessare : et ita divus Pius « et imperator noster rescripserunt »; fr. 6 cit. : « Si fideiussores pro defensore « absentis filii ex mandato matris eius intercesserint, quaeritur, an etiam his

b) se egli era minore, e non potesse essere sodisfatto da colui, pel quale la donna era interceduta (10);

c) nel caso di dolo della donna (11);

d) se la donna si fece pagare per l'intercessione (12), se essa era al coperto pei suoi pagamenti come intercedente, ovvero se non divenisse altrimenti più povera per via dell'intercessione (13);

e) l'intercessione per la promessa di una dote è concessa alle donne; essa si addice alle donne (14);

« senatus consulto subveniatur. et ait Papinianus libro nono quaestionum exceptione eos usuros: nec multum facere, quod pro defensore fideiusserunt, cum « contemplatione mandati matris intervenerunt. plane, inquit, si qui accepit eos « fideiussores, matrem eis mandasse ignoravit, exceptionem senatus consulti replicatione doli repellandam »; fr. 11, cit.: » Si mulier tamquam in usus suos « pecuniam acceperit alii creditura, non est locus senatus consulto: alioquin nemo « cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint »; fr. 12, cit.: « Immo tunc locus est senatus consulto, cum scit creditor eam intercedere »; fr 27 pr., cit.: « Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus ob ea, « quae inter virum et uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione senatus consulti non summovetur »; fr. 28, § 1, cit.: « Fundum uxoris suae maritus obligavit Sempronio ob conductionem: mox mulier a Numerio sua fide mutuam « pecuniam acceptam sub obligatione eiusdem fundi solvit statim Sempronio pro « marito suo: quaesitum est, an adversus senatus consultum obligata sit. respondi, « si Numerius scisset eam intercedere, fore senatus consulto de quo quaereretur « locum »].

(10) Fr. 12, D. *de minoribus*, 4, 4 [« Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perindi atque ceteri per « exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi iure in priorem debitorem « ei actio restituitur. haec si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non « utetur senatus consulti auxilio »].

(11) Fr. 2, § 3, D. *h. t.*, 16, 1 [« Sed ita demum eis subvenit, si non callide « sint versatae: hoc enim divus Pius et Severus rescripserunt. nam deceptis, non « decipientibus opitulatur et est et Graecum Severi tale rescriptum: ταῖς ἀπατώσαις « γυναιξὶν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ. infirmitas enim feminarum, « non calliditas auxilium demeruit »].

(12) C. 23 pr., Cod. 4, 29 [« Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos « resolventes et supervacuas distinctiones exsulare cupientes sancimus mulierem, « si intercesserit, sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, « omnimodo teneri et non posse senatus consulti Velleiani uti auxilio, sive sine « scriptis sive per scripturam sese interposuerit »].

(13) Fr. 16 pr., fr. 21 pr., fr. 22, D. *h. t.*, 16, 1 [fr. 16 pr. cit.: « Si mulier « contra senatus consultum Velleianum pro me intercessisset Titio egoque mulieri « id solvissem et ab ea Titius eam pecuniam peteret, exceptio huius senatus consulti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam « perdat, cum iam eam habeat »; fr. 21 pr. cit.: « Si pro aliquo mulier intercesserit, « sed in rem eius quod acceptum est versaretur, exceptio senatus consulti locum « non habet, quia non fit pauperior »; fr. 22 cit., riportato al § 83, nota 6].

(14) C. 12, Cod. *h. t.*, 4, 29; cfr. inoltre c. 24, Cod. *eod.* [« Si dotare filiam « volens genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium senatus consulti

f) per mezzo della conferma dopo due anni l'intercessione diviene valida (15).

I negozi di intercessione vietati si possono infirmare mediante la *exceptio S. C. Velleiani* (16). Essa non lascia sussistere nemmeno una obbligazione naturale; ciò che si è pagato per errore, riguardo alla forza obbligatoria del negozio, può quindi essere ripetuto con la *condictio indebiti* (17). Ma se la donna paghi, conoscendo che essa nulla

---

« falso putas: hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam prudentes viri « putaverunt »; c. 24 cit.: « Veterum ambiguitatem decidentes sancimus, si quis, « ut servo suo manumissionem imponat, mulierem acceperit obnoxiam sese pro « certa quantitate facientem, si in libertatem servum perduxerit, sive principa- « liter mulier sese obligavit sive pro servo hoc fecit, teneri eam, recte omnimodo « senatus consultum Velleianum in hoc casu tacere imperantes. Satis etenim acerbum « est et pietatis rationi contrarium dominum servi, qui credidit mulieri sive soli « sive post servi promissionem, et libertatem servo imponere et suum famulum « perdere et ea minime accipere, quibus fretus ad huiusmodi venit liberalitatem »].

(15) C. 22, Cod. *h. t.*, 4, 29: [« Si mulier perfectae aetatis post intercessionem « vel cautionem conscripserit vel pignus aut intercessorem praestiterit, sancimus, « antiqua legum varietate cessante, si quidem intra biennale iuge tempus post « priorem cautionem numerandum pro eadem causa fecerit cautionem vel pignus « aut intercessorem dederit, nihil sibi praeiudicare, quod adhuc ex consequentia « suae fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Sin autem post biennium haec « fecerit, sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed « ultro firmavit: videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena « obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere et tam ex secunda cau- « tione sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut interces- « sorem utiliter dare »].

(16) Fr. 25, § 1, D. *h. t.*, 16, 1. [« Quod si pro eo fideiusserit, exceptione « senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, « nisi pro suo negotio hoc fecerit »]. In Roma l'*exceptio* poteva essere invocata ancora nella procedara di esecuzione: fr. 11, D. *de S. C. Macedoniano*, 14, 6 [« ... si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatus consulti exce- « ptione: et ita Iulianus scribit in ipso filio familias exemplo mulieris interce- « dentis »]. Ciò non vale più per la Legge di proc. civ. giusta il § 767, capov. 2°. Vedi inoltre fr. 39, § 1; fr. 40, D. *de rei vindicatione*, 6, 1 [fr. 39, § 1 cit.: « Iulianus recte scribit libro duodecimo digestorum mulierem, quae intercedens « fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum posse in rem actione « petere »; fr. 40: « quia nullum pignus creditor vendidisse videtur »].

(17) Fr. 40, D. *de condictione indebiti*, 12, 6; fr. 8, § 3, D. *h. t.*, 16, 1. [fr. 40 cit.: « Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere « potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur « cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de inter- « cessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum « non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuam pecuniam « acceperit et pater familias factus solverit, non repetit. Si pars domus, quae in « diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem « et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicom- « misso constat et, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici

deve in forza della intercessione, nulla potrà ripetere, poichè il divieto delle intercessioni non le impedisce l'immediato pagamento di debiti altrui (18).

Nei casi di una intercessione privativa vietata, viene concessa una azione contro colui che per mezzo di quella venne sgravato dell'obbligazione (19). Essa è ripristinatrice, *actio restitutoria*, se per mezzo dell'intercessione veniva estinta l'obbligazione preesistente del debitore (20), e costituiva di debito, *actio institutoria*, se colui al quale

---

« quasi plus debito dederit. Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operae ab eo « petantur, quidquid postea solutum fuerit a liberto, repeti potest »; fr. 8, § 3 cit.: « Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, ut puta si contra senatus « consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit con- « dictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui « reum delegat »].

(18) C. 9, Cod. *h. t.*, 4, 29: [« Quamvis pro alio solvere possit mulier, tamen « si praecedente obligatione, quam senatus consultum de intercessionibus efficacem « esse non sinit, solutionem fecerit eius senatus consulti beneficio munitam se « ignorans, locum habet repetitio »].

(19) Fr. 1, § 2, D. *h. t.*, 16, 1: [« Aequum autem visum est ita mulieri suc- « curri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem « ream, actio daretur: magis enim ille quam creditor mulier decepit »]. Noi qui conserviamo il concetto romano, che riposa sul contrapposto del diritto civile e pretorio. Partendo dal moderno punto di vista si dovrebbe dire che dove i Romani danno l'*actio restitutoria* il debito del debitore materiale non è mai perito, e dove essi danno la cosiddetta *actio institutoria* esso sia esistito sin dall'inizio.

(20) Fr. 8, §§ 7-13; fr. 9; fr. 13, § 2; fr. 14, D. *h. t.*, 16, 1. [fr. 8, §§ citt.: « Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi « ille prius acceptilatione liberatus sit quam mulier intercesserit. Si convenerit « cum debitore, ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit, deinde is « dederit mulierem quae auxilio senatus consulti munita est, potest ei condici, quasi « non dedisset: quid enim interest, non det an talem det? non erit igitur actio « utilis necessaria, cum condictio competat. Marcellus quoque scribit, si mulieri « post intercessionem accepto tulerit creditor, nihilo minus restitutoriam actionem « ei dari debere: inanem enim obligationem dimisit. Si mulier post intercessionem « sic solverit, ne repetere possit, iuste prior debitor actionem recusat. sed cum « relevatur reus, si mulier sic solvit, ut repetere non possit, et cum ei mulieri, « quae repetere non poterat, si solvisset, accepto tulit creditor, similiter relevatur « reus. Quamquam in omnes qui liberati sunt restituitur actio, non tamen omnibus « restituitur. ut puta duo rei stipulandi fuerunt: apud alterum mulier intercessit: « ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit. Si mulieri heres extiterit « creditor, videndum, an restitutoria uti non possit. et ait Iulianus libro duodecimo « restitutoria eum nihilo minus usurum, non immerito, cum non obligatae cum « effectu successerit: denique in Falcidia hoc aes alienum non imputabitur. Plane « si mihi proponas mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit restitutoria « eam conveniri posse, sed et directa actione: nihil enim eius interest, qua actione « conveniatur »; fr. 9 cit.: « Sed si pro alieno servo intercedat, quemadmodum in « patrem familias priorem reum restituitur actio, ita in dominum quoque resti- « tuenda erit »; fr. 13, § 2 cit.: « Si sub condicione vel in diem mulier pro alio

riferivasi il rapporto, non era divenuto mai debitore, perchè la intercedente era entrata sin da principio al posto di lui (21).

2. Giustiniano rafforzò i divieti dell'intercessione:

a) Mediante una prescrizione riflettente la forma. Essa richiedeva un documento pubblico e sottoscritto da tre testimoni, in luogo del quale nella pratica del diritto comune si richiese un documento pubblico, ovvero un documento confermato da tre testimoni (22).

In mancanza di questa forma l'intercessione è nulla; non vi ha bisogno quindi di alcuna *exceptio*; anzi l'azione, quando dalla citazione

---

« intercesserit, etiam pendente condicione volenti creditori cum priore debitore « experiri actio danda est restitutoria: quo enim bonum est exspectare condi- « cionem vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat « suscipere actionem? »; fr. 14 cit.: « Si mulier contra senatus consultum inter- « cesserit, aequum est non solum in veterem debitorem, sed et in fideiussores « eius actionem restitui: nam cum mulieris persona subtrahatur creditori propter « senatus consultum, integra causa pristina restituenda est »].

(21) Fr. 8, §§ 14 e 15, D. *h. t.*, 16, 1 [§ 14 cit. riportato al § 83, nota 4; § 15: « Illud videndum est, si mulier pro eo intervenit, qui, si cum ipso contractum « esset, non obligaretur, an hac actione ille debeat teneri? ut puta si pro pupillo « intercessit, qui sine tutoris auctoritate non obligatur. et puto non obligari « pupillum, nisi locupletior factus est ex hoc contractu. item si minor viginti « quinque annis sit, pro quo mulier intercessit, in integrum restitutionem poterit « implorare: vel filius contra senatus consultum contracturus est »].

(22) C. 23, Cod. *h. t.*, 4, 29. Cfr. vol. I, § 137, nota 11. [C. 23 pr., rip. più sopra nota 12; §§ 1 sqq.: « Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese « aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse et hoc instrumentum publice « confectum inveniatur et a tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum « eam pecuniam vel res accepisse et non esse ei ad senatus consulti Velleiani « auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit vel instrumento non « sic confecto, tunc, si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias vel res « et sic subisse obligationem, repelli eam a senatus consulti iuvamine. Sin vero « hoc minime fuerit ab eo approbatum, tunc mulieri superesse auxilium et anti- « quam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem « parari. Sed si minus idoneae mulieri constitutae aliquis pecunias vel res dedit, « ut pro eo se obligaret, mulieri quidem, quae re vera haec accipit, nullus pateat « aditus ad senatus consulti autoritatem, creditori autem liceat adversus eam venire « et quod potest ab ea exigere et in reliquum debitorem antiquum adgredi, vel « in partem, si aliquid a muliere possit accipere, vel in totum, si ea penitus inopia « fatigatur. Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non « aliter eas in tali contractu posse se pro aliis obligare, nisi instrumento publice « confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis « confessionem: tunc etenim tantummodo eas obligari et sic omnia tractari, quae « de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali aucto- « ritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres susce- « perint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis « obligatio tamquam nec confecta nec penitus scripta, nec senatus consulti auxi- « lium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa « subsecuto »].

risulti il carattere della intercessione, dev'essere di ufficio respinta, essendo nullo il suo fondamento. Se la forma è osservata, il divieto della intercessione è efficace solo quando la donna lo invochi.

Nei casi in cui non ha luogo il divieto dell'intercessione, la forma non è necessaria (23).

b) Le intercessioni delle donne maritate pei loro mariti sono nulle, secondo l'autentica « *si qua mulier* » (24).

3. Nel diritto comune tutte queste disposizioni avevano cambiato la loro essenza. Infatti l'intercessione della donna maritata per il marito, interdetta dai Romani, era in molti casi una condizione indispensabile della prosperità della casa. Ed ancora la donna tedesca non è punto specialmente credula, ed è poco propensa a mettere in gioco i suoi averi per gli estranei.

La trasformazione avvenne con l'ammettersi una rinunzia in determinate forme. In Roma la rinunzia era di regola inefficace (25).

---

(23) La questione è assai controversa. Cfr. VANGEROW, vol. III, § 581, nota 2; GIRTANNER, pag. 351.

(24) Nov. 134, cap. 8: [« Κἀκεῖνο δὲ συνείδομεν ὑπὲρ τῆς τῶν ὑποτελῶν ὠφελείας ἐπανορθῶσαι, ἵνα εἴ τις γυνὴ ἐν δανειακῷ γραμματείῳ συναινέσει τῷ οἰκείῳ ἀνδρὶ ἢ ὑπογράψει καὶ τὴν οἰκείαν περιουσίαν ἢ καὶ ἑαυτὴν ἔνοχον ποιήσει, κελεύομεν μηδὲν τοιοῦτον ἰσχύειν ἢ κρατεῖν, εἴτε ἅπαξ εἴτε πολλάκις τοιοῦτό τι ὑπὲρ τοῦ αὐτοῦ πράγματος γένηται, εἴτε ἰδιωτικὸν εἴτε δημόσιον εἴη τὸ ὄφλημα, ἀλλ' οὕτως εἶναι ὡς ἂν εἰ μηδὲ γεγραμμένον ἦν, εἰ μὴ φανερῶς ἀποδειχθείη, ὅτι τὰ χρήματα εἰς ἰδίας αὐτῆς τῆς γυναικὸς χρείας ἐδαπανήθη »]. Da questa novella è stata tratta la *authentica* « *si qua mulier* », intercalata nel Codice dopo la c. 22, Cod. *h. t.*, 4, 29 [Auth. cit.: « Si qua mulier « crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam, « aut seipsam obligatam faciat: iubemus hoc nullatenus valere: sive semel, sive « multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat: sive privatum, sive publicum « sit debitum: sed ita esse, ac si neque factum quicquam, neque scriptum esset: « nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem « expensae sint »]. La novella dispone ancora che il creditore, quando i coniugi si obbligano con istrumento, possa richiedere dalla donna ciò che ad essa dimostrabilmente rifluì di vantaggio.

(25) Nel diritto romano una rinunzia al beneficio era solo ammessa, quando la madre o l'ava assumevano la tutela del figlio o nipote: c. 3 pr. Cod. *quando mulier tutelae*, 5, 35; nov. 118, cap. 5 [c. cit.: « Si pater secundum nostram « constitutionem naturalibus liberis in his rebus, quae ab eo in eos profectae sunt, « tutorem non reliquerit, mater autem voluerit eorum, sive masculi sunt sive « feminae, subire tutelam, ad exemplum legitimae subolis liceat ei hoc facere, « quatenus actis sub competenti iudice intervenientibus iuramentum antea praestet, « quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet et renun« tiet senatus consulti Velleiani praesidio omnique alio legitimo auxilio suamque « substantiam supponat »; nov. cit.: « ..... ταῖς γὰρ γυναιξὶ καὶ ἡμεῖς ἀπαγορεύομεν τὰ τῆς ἐπιτροπῆς ὑπελθεῖν λειτουργήματα, εἰ μὴ μήτηρ ἢ μάμμη εἴη· ταύταις γὰρ μόναις κατὰ τὴν τῆς κληρονομίας τάξιν καὶ τὴν ἐπιτροπὴν ὑπελθεῖν ἐφίεμεν, ἐὰν ἐν ὑπομνήμασι καὶ γάμοις ἑτέροις καὶ τῇ βοηθείᾳ τοῦ Βελλειανείου δόγματος ἀπαγορεύσωσι »].

Infatti i divieti delle intercessioni, per quanto costituiscano dei privilegi, sono in fondo una diminuzione della capacità di agire delle donne; le norme quindi che a ciò hanno riguardo appartengono di conseguenza al diritto coattivo.

Nel diritto comune si ammise la rinunzia con giuramento a siffatti beneficî giuridici.

Inoltre si formò in generale la pratica, che la donna possa rinunziare ai beneficî dopo un precedente avvertimento del giudice (26).

Con ciò al posto del divieto era subentrata una forma per la intercessione delle donne.

Oltracciò viene in considerazione la stipulazione, di cui nel fr. 32, § 4, D. *h. t.*, 16, 1: [« Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, « ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam senatus consulti exceptionem « opponere potest, cavere debebit exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire »].

(26) Girtanner, pagg. 268, 365.

PARTE SECONDA

I SINGOLI DIRITTI DI CREDITO

SEZIONE I.

Obbligazioni contrattuali.

CAPITOLO I.

Contratti reali.

I. — *Il mutuo.*

§ 85. — Concetto. Costituzione del mutuo (1).

I. L'esposizione del diritto comune delle singole obbligazioni contrattuali deve appoggiarsi al sistema romano dei contratti, se essa vuol dare una immagine fedele del diritto positivo. Noi cominciamo perciò coi contratti reali romani. Vanno però esaminati soltanto il mutuo, il commodato ed il deposito; poichè il contratto di pegno, anche posto dai Romani tra i contratti reali, fu già prima studiato in connessione col diritto di pegno.

II. Il mutuo — *mutuum* — è prestito di capitale circolante, cioè la consegna di una somma di danaro o di altre cose fungibili, allo scopo di prestito, con l'obbligo della restituzione di una somma di cose della stessa specie (2-3).

---

(1) Tit. Dig. *de rebus creditis si certum petetur et de condictione*, 12, 1; Cod. *de rebus creditis et iureiurando*, 4, 1; *si certum petatur*, 4, 2; HUSCHKE, *La teoria del mutuo nel diritto romano* [Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen], 1882; SCHEY, *I rapporti obbligatorii del diritto privato austriaco* [Die Obligationsverhältuisse d. öst. P. R.], vol. I, pag. 1; LAMMFROMM, *Divisione. Mutuo, Contratto di edizione e di smercio* [Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag], 1897, specialmente pagg. 66, 173. Un' opera « troppo diffusa » è quella del HEIMBACH, *La teoria del « creditum »* [Die Lehre vom dem Creditum], 1849.

(2) Fr. 1, § 2, D. *de obligationibus*, 44, 7. GAIUS, libro 2, *aureorum* « Re « contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, « quae pondere numero mensurave constant veluti vino oleo frumento pecunia

1. Non di rado sogliono precedere contratti sulla dazione di un mutuo, *pacta de mutuo dando*, o sulla recezione di esso, *pacta de mutuo accipiendo* (4). Ambo le specie di contratti vengono spesso insieme congiunte. Esse hanno più d'una particolarità.

Il contratto sulla dazione del mutuo è particolarmente di regola dipendente dalla condizione tacita, che il mutuatario al tempo dello sborso della valuta del mutuo non sia immeritevole di credito. Ciò corrisponde alla presunta opinione del promittente, poichè si vuole prestare, non perdere (5).

Ma naturalmente l'obbligato alla dazione del mutuo deve da parte sua dimostrare dei fatti, dai quali risulti che l'esser meritevole di credito dell'altra parte, supposto al momento della promessa, più non esisteva al tempo della conclusione del contratto, o sia più tardi venuto meno; come, per es., l'avere il debitore subìto dei pignoramenti infruttuosi, l'aver prestato il giuramento dichiarativo, la cessazione dei pagamenti. Secondo il Codice civile devesi dimostrare, che in seguito sia subentrato un essenziale deterioramento delle condizioni patrimoniali dell'altra parte.

« numerata, quae res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi « eiusdem generis et qualitatis ». pr. I. *quibus modis re contrahitur obligatio*, 3, 14, Cod. civ. germ., § 607. [fr. 1 cit.: « Re contrahitur obligatio veluti mutui « datione. mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero « mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata aere argento « auro, quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut « accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae « et qualitatis reddantur. unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi « datur, ut ex meo tuum fiat. ex eo contractu nascitur actio quae vocatur « condictio »].

(3) I giuristi romani espongono come il negozio sia stato detto « *mutuum* », « *quod ex meo tuum fit* »: Gai, *Inst*, III, § 90; fr. 2, § 2, D. *h. t.*, 12, 1. [Gai, *loc. cit.*, analogo al pr., I, 3. 14, riportato alla nota precedente; fr. 2, § 2 cit.: « Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non « fiat tuum, non nascitur obligatio »]. Ciò per il bene della gioventù studiosa del diritto, la quale, per mezzo di questo giuoco etimologico, doveva imprimersi in mente la giuridica essenza del negozio.

(4) Su tali preliminari del contratto in generale vedi più sopra § 10; *sul pactum de mutuo dando* in particolare, vedi ivi nota 9; Schey, *loc. cit.*, vol. I, pag. 43 e 172. Si può confrontare anche Suffrian, *Il pactum de mutuo dando*, 1866; Storch, *L'odierno contratto di mutuo* [Der heutige Darlehensvertrag], 1878.

(5) Cfr. fr. 38 pr., D. *de solutionibus*, 46, 3 [riportato al § 55, nota 20]. Il Trib. Imp. comm. ritiene ciò per ogni promessa di credito, almeno nei rapporti dei commercianti. D'altra opinione è tra gli altri il Suffrian, pag. 6. Come nel testo il Cod. civ. germ., § 610. [« Chi promette la dazione di un mutuo, può nel dubbio revocare la promessa, se nei rapporti patrimoniali dell'altra parte si verifica un sostanziale deterioramento, che mette in pericolo la pretesa alla restituzione »].

Chi si è obbligato ad accettare un mutuo di danaro non può, secondo l'opinione esatta, esser costretto a ricevere la valuta del mutuo, ma soltanto a risarcire l'attore del suo interesse al convenuto collocamento del danaro. Tale deve ritenersi essere stata l'opinione delle parti alla conclusione del contratto, poichè non è ragionevole costringere alcuno ad accettare danaro, che non abbia come impiegare (6).

2. Perchè il mutuo venga in essere è necessario:

a) La consegna della valuta, cioè la trasmissione di una somma di cose fungibili da parte del mutuante al mutuatario.

b) Deve aversi per iscopo il prestito, cioè l'abbandono all'uso, o piuttosto al consumo (7). Non è mutuo una cauzione in contanti data al creditore, nè il *depositum irregulare*. Poichè ivi l'abbandono è solo il mezzò per il raggiungimento di altri scopi, e cioè pel primo negozio quello di dar sicurtà, pel secondo quello della custodia di una somma (8).

c) Infine si richiede un contratto giuridicamente valido sulla restituzione della somma mutuata (9). La conclusione del contratto sta

---

(6) La questione è controversa. Cfr. al riguardo il mio *Diritto privato prussiano*, vol. II, § 179, nota 7. Il Cod. civ. germ., lascia la questione indecisa.

(7) Il mutuante non deve di conseguenza indagare, a quale scopo il debitore pensi di utilizzare la somma, se egli cioè voglia impiegarla in maniera ragionevole ed utile, ovvero sperperarla in prodigalità ed in commerci immorali. Nondimeno se il negozio di mutuo è esclusivamente e visibilmente destinato a scopi illeciti, se, per es., deve immediatamente servire a mantenere una posta per un giuoco proibito, esso è nullo, come *contra bonos mores*. Cfr. sopra § 16, nota 18. Concorda con ciò il fr. 12, § 11, D. *mandati*, 17, 1, dove si presuppone che la somma mutuata venga tolta dal giovane dissipatore, per darla immediatamente alla sua druda. [fr. 12 cit.: « Si adulescens luxuriosus mandet tibi, « ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis « mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. « sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non « obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit »].

(8) Cfr. vol. I, § 272, e più oltre § 93. Vedi anche Schey, *loc. cit.*, vol. I, pag. 46. Ivi viene anche esaminato il rapporto col quasi usufrutto.

(9) Il principio viene espresso nel modo più reciso dal fr. 32, D. *h. t.*, 12, 1, riportato al vol. I, § 102, nota 6. L'applicazione che ivi Celso fa del principio è veramente assai rude. Vedi inoltre fr. 18 pr., D. *eod.* [fr. 32 cit.: « Si et me « et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere « iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi « obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed pro- « pius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim « nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, « eam mihi a te reddi bonum et aequum est ». fr. 18 pr. cit.: « Si ego pecuniam « tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse « magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si « eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, « quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti »].

senz'altro nella consegna e nella accettazione a scopo di « mutuo ». Ma naturalmente possono anche esser presi parecchi accordi sulle modalità della restituzione.

Se manchi la capacità di obbligarsi dell'accipiente, esiste invero l'elemento reale, ma manca il consensuale. Un mutuo allora, quindi, non sorge; la stipulazione del negozio di mutuo, per es., circa i termini della cessazione del contratto, o circa gl'interessi, sono inefficaci, e non ha luogo un'azione di mutuo; ma il ricevente possiede la cosa prestatagli senza causa giuridica, ed essa può perciò esser ripetuta con la *condictio sine causa;* se il ricevente era minore, la ripetizione è limitata all'importo del suo arricchimento al tempo dell'intentata azione (10).

§ 86. — **Valuta del mutuo** (1).

1. Nella sua forma più semplice, e senza dubbio originaria, il negozio del mutuo presuppone, che il mutuante trasmetta in proprietà al mutuatario, per mezzo della consegna, cose fungibili a lui appartenenti. Di conseguenza un mutuo sorge soltanto, quando il mutuante dia cose fungibili di sua proprietà (2). Egli deve ancora esser capace di

---

(10) Fr. 5 pr. e § 1, D. *de auctoritate tutorum*, 26, 8, riportato [in parte] più sopra § 5, nota 3. [« Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane si « plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore « pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed « et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non « erit obligatus tutori : naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus « est : nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum « locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit. Pupillus vendendo sine « tutoris auctoritate non obligetur sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior « factus est »].

(1) Schey, *Rapporti obbligatorii*, pag. 71.

(2) Fr. 2, § 4, D. *de rebus creditis*, 12, 1. Paulus, libro 28, *ad edictum* : « In mutui datione oportet dominum esse dantem ». Sul caso che la moneta prestata solo in parte appartenga al mutuante, cfr. fr. 94, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3 ; vedi anche fr. 13, § 2, fr. 16, D. *h. t.*, 12, 1 [fr. 94, § 1 cit.: « Sin « autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur « et actio et liberatio, sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis « esse intellegat sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem ». fr. 13, « § 2 cit.: « Si servus communis decem crediderit, puto, sive administratio servo « concessa est, sive non et consumantur nummi, qui num competere actionem : « nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta « condicere libro octavo quaestionum Papinianus scribit, etiamsi singula corpora « communia fuerint ». fr. 16 cit : « Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, « omnimodo creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint: quod si communem « numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, quia suae « partis tantum alienationem habuit »].

alienare. Se dunque un'impubere presta danaro senza l'autorizzazione del tutore, può rivendicare ciò che ha prestato, e se il ricevente lo abbia consumato, ripeterlo con la *condictio*; ma egli non acquista un credito di mutuo (3).

2. Secondo il diritto posteriore, più liberamente sviluppato, basta che il mutuante abbia procurato la valuta al mutuatario, in modo giuridicamente sussistente. In conseguenza di ciò un mutuo, nel quale il mutuante abbia prestato altrui moneta, od altre cose fungibili, allora acquista validità, quando sia venuto meno il diritto spettante al proprietario della ripetizione della moneta, per via della revindica o della *condictio* (4).

---

(3) § 2, I. quibus alienare licet vel non 2, 8. « Nunc admonendi sumus neque « pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. « ideoque si mutuam pecuniam aliqui sine tutoris auctoritate dederit, non con- « trahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. ideoque vindicare nummos « possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit « bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his « agi potest ».

(4) I giuristi romani parlano di ciò nei ffr. 13, § 1, 19, § 1, D. *h. t.*, 12, 1; fr. 24, § 2, D. *de obligationibus et actionibus*, 44, 7. [fr. 13 cit.: «... si alienos « nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. quod « si per partes eos consumpseris, an per partes tibi condicam, quaerit: et ait « condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico, quia « nondum totos consumptos compereram ». fr. 19, § 1 cit., riportato al § 55. nota 6; fr. 24 cit.: « Item si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, « deinde compos mentis esse desierit, postea consumpta ea furioso condictio adqui- « ritur »]. I giuristi romani però non entrano nei particolari. Occorre distinguere i seguenti casi: *a*) Si presta la moneta altrui espressamente come d'altri, nell'aspettativa della ratifica del proprietario. Qui il mutuo viene in essere solo per la ratifica di lui. Se egli non la presta, può rivendicare la sua moneta, o nel caso di una eventuale confusione ripeterla con la *condictio*; l'accipiente non l'ha dunque in modo giuridicamente valido; *b*) Si dà a mutuo la moneta furtiva con la scienza dell'accipiente: qui il proprietario ha la *vindicatio* e la *condictio* della moneta. Un mutuo non sorge; *c*) Si dà l'altrui moneta a mutuo come propria, senza che l'accipiente nulla sappia del diritto di proprietà del terzo. Allora, se il proprietario, il che di rado accadrà, trovasi ancora in condizione di far valere il suo diritto di proprietà, ad esempio, perchè la moneta sia ancora individualmente riconoscibile nei suoi rotoli, egli può rivendicarla, ed il mutuatario nulla deve al falso mutuante; *d*) Ma se nel caso menzionato il mutuatario ha consumato in buona fede la moneta prestatagli, ed in particolare l'abbia spesa o mescolata in modo irriconoscibile col proprio danaro, il precedente proprietario perde il diritto di revindica, e non ha neppure una *condictio* contro il mutuatario, poichè questi appunto a causa del suo debito, *prima facie* di mutuo, non si considera come arricchito: cfr. vol. I, § 225, nota 28 Perciò il mutuante ottiene contro di lui in questo caso l'azione derivante dal mutuo, nella forma della cosiddetta *actio de bene depensis*. All'incontro il precedente proprietario della moneta contro il mutuante che gliel'ha sottratta, è autorizzato ad agire con la *condictio furtiva* o con l'*actio ad exhibendum*. Il Cod. civ. germ. non contiene alcuna particolare

S'intende da sè, che sorge inoltre un mutuo, quando un terzo presti le proprie cose fungibili, in nome del mutuante (5), così pure se la valuta del mutuo venne pagata mediante assegno del mutuante su di un terzo.

---

disposizione su tutti questi casi; cfr. però §§ 932, 935, capov. 2°. [§ 932: « Per un' alienazione seguìta secondo il § 929, l' acquirente diviene proprietario anche allora, quando la cosa non appartiene all'alienante, salvochè al tempo, in cui egli secondo queste disposizioni acquisterebbe la proprietà, non sia in buona fede. Nel caso del § 929, periodo 2°, ciò vale però solo allora, quando l' acquirente aveva ottenuto il possesso dall' alienante. L' acquirente non è in buona fede quando a lui è noto, o gli è ignoto in conseguenza di grave negligenza, che la cosa non appartiene all'alienante. § 935: «... Queste prescrizioni non trovano applicazione al danaro o ai titoli al portatore come pure alle cose che vengono alienate per via di pubblici incanti »]. — È del resto evidente che di regola l' affermazione che il mutuo abbia avuto per oggetto moneta altrui, costituisce una eccezione, la quale non si potrà facilmente altrimenti opporre, se non quando il proprietario della moneta abbia elevato pretese per essa.

(5) Viene spesso particolarmente rilevato dai giuristi romani, che si diventi creditori del mutuo anche quando un altro in nostro nome, dalle proprie sostanze, somministri la valuta del mutuo. Così particolarmente i ffr. 9, § 8, D. *h. t.*, 12, 1; fr. 126, § 2, D. *de verb. obl.*, 45, 1; fr. 35, § 2, D. *de donationibus*, 39, 5; c. 4, Cod. *si certum petatur*, 4, 2; c. 3, Cod. *per quas personas*, 4, 27. [fr. 9, § 8 cit.: « Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et igno- « rante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem: Iulianus quoque de hoc interro- « gatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, « si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum « cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine cre- « ditor numeret futuro debitori nostro ». fr. 126, § 2 cit.: « . . . per liberam « personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, « obligationem nullam adquirere possumus. plane si liber homo nostro nomine « pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecu- « niae creditae adquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile « est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio « quaerebatur. superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecu- « niam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem sti- « pulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. plane si praecedat « numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione. « sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non « eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, « cui et sortem, videri), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et « cogitur eam patrono cedere. plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus « obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, « quod agi apparebit, intellegendum est: nunquam personam, nisi expressa sit »; fr. 35, § 2 cit.: « Avia suo nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit, « et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in « hereditate eius inventa sunt: quaero, an donatio perfecta esse videatur. respon- « dit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse »; c. 4 cit.: « Si absentis pecuniam nomine eius fenori dedisti ac reprobato nomine mandatis « actionibus experiris, praeses provinciae iurisdictionem suam praebebit. Idem, si ces- « sare mandatum animadverterit, utilem tibi adversus debitorem eo nomine actionem

Mutui possono infine effettuarsi senza consegna di cose fungibili, nelle forme seguenti:

a) Si rilascia a chi ha bisogno di danaro una merce perchè la venda, affinchè ne ritenga il ricavato a titolo di valuta del mutuo (6-7). Qui il rischio passa di regola con la consegna della merce a chi ha domandato il credito, talchè, nel caso del perimento o del deterioramento di essa, il valore venale della stessa costituisce la somma del mutuo.

b) Il creditore conviene col suo debitore, che questi ritenga a titolo di mutuo (8) quel danaro o quelle cose fungibili, di cui è debi-

---

« competere non negabit »; c. 3, cit.: « Cum per liberam personam, si pecunia « alterius nomine fuerit numerata, adquiritur ei cuius nomine pecunia credita est « per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus, quae « procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus adquiritur, talem diffe- « rentiam expellentes sancimus et condictionem et hypothecariam actionem vel « pignus ipso iure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. — Si « enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actio- « nem, quare non ab initio quemadmodum in personali actione cessio supervacua « videbatur, non etiam in hypothecis et pignoribus simili modo dominus con- « tractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem « sibi adquisitam? »]. Se oltre a ciò sia richiesta la procura, o la ratifica del negozio da parte di colui, in favore di cui deve acquistarsi l'obbligazione, è assai controverso. Stanno per l'affermativa il fr. 2, § 4, D. *h. t.*, 12, 1 ed il fr. 34 pr., D. *de donationibus*, 39, 5; [fr. 2, § 4 cit.: « In mutui datione oportet dominum esse « dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos « obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi « actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint »; fr. 34 pr. cit.: « Si pater « emancipati filii nomine donationis animo pecuniam faeneravit eamque filius sti- « pulatus est, ipso iure perfectam donationem ambigi non potest »]. Tuttavia la maggior parte dei moderni scrittori ammette. che per principio singolare nulla importi nel mutuo il consenso del rappresentato nel caso in esame. Così specialmente Ihering, nei suoi *Annali*, vol. II, pag. 101 e Schlossmann, *Il mutuo in nome altrui* [Das Darlehen auf fremden Namen], nella *Rivista di* Grünhut, vol. IX, pag. 505. Il concetto opposto è sostenuto vittoriosamente, a parer mio, dal Huschke, *loc. cit.*, pag. 29. Diversamente il Mitteis, *Rappresentanza* [Stellvertretung], pag. 67, Pernice, *Labeone*, vol. III, pag. 222.

(6) È analogo il caso in cui si trasmetta a chi ha bisogno di danaro una cambiale od un altro credito per la riscossione, affinchè egli ritenga la somma incassata a titolo di mutuo.

(7) Più d'uno chiama questo negozio *contractus mohatrae*, parola medioevale derivata dall' arabo. Secondo Schey, *loc. cit.*, pag. 83, il *contr. mohatrae* è la vendita di una cosa a credito, con l'immediata ricompera per un prezzo più basso pagato in contanti. Uno studente, p. es., allo scopo di procurarsi danaro, compra da A una partita di abiti vecchi per 100 pagabili tra sei mesi, e la rivende immediatamente a B, che è in rapporto con A, per 50 in contante. Il Cod. civ. germ. non contempla particolarmente questo caso.

(8) Fr. 4, D. *h. t.*, 12, 1; fr. 11 pr., D. *eod.*, 12, 1. Ulpianus, libro 26, *ad edictum*: « Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem

tore per un'altra causa, per es., in conseguenza di un deposito, di mandato o di vendita (9). Che il debitore al tempo di quest'accordo effettivamente detenga la somma dovuta, non è richiesto.

c) Infine basta persino alla costituzione di un mutuo, che al mutuatario vengano consegnati degli oggetti sotto una stima, che costituisce la valuta del mutuo (10). Allora si considera come se gli oggetti

« tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, « puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa « perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. « mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem « habui hanc lancem vel massam, nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, « quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut « venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et « maxime si sine usuris credidi »; [fr. 4 pr. cit.: « Si quis nec causam nec « propositum faenerandi habuerit et tu empturus praedia desideraveras mutuam « pecuniam nec volueris creditae nomine antequam emisses suscipere atque ita « creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc « eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum « periculo est eius qui suscepit. nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio « uteretur, periculo suo rem habebit »].

(9) Fr. 15, D. *h. t.*, 12, 1. Ulpianus, libro 31 *ad edictum*: « Singularia « quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum « iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. « quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum « est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti « nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta ». Dal fr. 34 pr. D. *mandati,* 17, 1 di Africano, risulta, che questo concetto più libero non ancora era comune al tempo di Giuliano. [« Qui negotia Lucii Titii « procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum « emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque « creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea « causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse « creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam cre- « ditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam « convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, « tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita « fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam « pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam « creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo « eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione « mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, « tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat »]. Veramente molti dei moderni interpretano la sentenza di Ulpiano in modo più ristretto. Cfr. Windscheid, vol. II, § 370, nota 11; Schey, *loc. cit.*, pag. 84. Per l'opinione da noi sostenuta ha grave peso specialmente la c. 8 Cod. *si certum petatur*, 4, 2, citata alla nota seguente. Come nel testo il Cod. civ. germ., § 607, capov. 2° [riportato al § 59, nota 1].

(10) C. 8. Cod. *si certum pet.*, 4, 2. [« Si pro mutua pecunia, quam a credi- « tore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aesti-

medesimi si fossero venduti al *mutuatario*, e il prezzo della vendita dovuto fosse la valuta del mutuo.

I Romani evidentemente ritenevano, che un mutuo venga anche allora in essere, quando in siffatti casi il debitore delle somme sborsi al suo creditore la moneta dovuta, e questi gliela trasmetta di nuovo in proprietà come valuta del mutuo; l'ozioso passaggio del danaro dall'uno all'altro ritenevano essi potersi convenientemente surrogare mediante un'operazione mentale.

Appunto l'ultima forma contemplata del mutuo è però atta a servire ad uno sfruttamento usurario. È perciò discutibile se era opportuno di renderla agevole per via di un'astrazione così spinta.

§ 87. — **Obbligazioni derivanti dal mutuo.**

1. Il mutuatario è obbligato alla restituzione (1) della somma mutuata, nello stesso genere e nella stessa specie (2). Il danaro può essere restituito nella valuta in corso, non soltanto nella specie monetata della valuta prestata (3), salvochè non sia altrimenti convenuto. È ammessibile l'accordo della restituzione di una somma minore di quella prestata (4); così pure, il che è più frequente, di un'aggiunta a quanto si è prestato.

« matas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipu-
« lanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et
« usurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quicquam tibi prodesse potest,
« quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quanti-
« tatis solutioni pareas »]. Che il caso qui esaminato differisca sostanzialmente da quello di cui alla nota 6, è cosa evidente, ma non viene a volte considerato. Il Cod. civ. germ. neanche su questo caso contiene alcun disposto.

(1) Una particolare azione derivante dal mutuo non era stabilita nell'Editto pretorio. Piuttosto, pei mutui di danaro si agiva con l'*actio certae pecuniae creditae*, pei mutui di altre cose con la *conditio triticaria*. Cfr. vol. I, § 131, Lenel, *Edictum*, pag. 184 sgg.; Brinz, vol. II, pag. 479. Se tuttavia si fa parola di una *mutui actio*, come ad esempio nella c. 5. C. *quibus non obiciatur*, 1 t pr. 7, 35, ciò non si riferisce alla forma, ma bensì al contenuto dell'azione [C. 1 cit.: « Neque mutui neque commodati aut depositi seu legati vel fideicommissi vel « tutelae seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem obici « posse certi iuris est »].

(2) Fr. 3. D. *h. t.*, 12, 1 : [« Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, « ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex « eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere : nam in contra- « hendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem « generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit »].

(3) Sul fr. 99, D. *de solutionibus*, 46, 3, cfr. più sopra, § 26, nota 11.

(4) Fr. 11, § 1, D. *h. t.*, 12, 1 : [« Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, « Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem, sed si « dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non « posse »].

In mancanza di un particolare contratto, il mutuo è improduttivo d'interessi — *gratuitum* (5). In Roma il contratto degl'interessi richiedeva di regola una stipulazione, oggi è privo di forma.

Gl'interessi di mora non decorrevano in Roma nei mutui, come *stricti iuris negotia* (6); nel diritto comune scadono anche per essi.

Frequenti sono gli accordi sul tempo della restituzione; non di rado essi avvengono tacitamente, per es., mediante accettazione di interessi per il futuro (7). Ma in mancanza di convenzione, il mutuo può essere ripetuto in ogni tempo, e persino immediatamente dopo la consegna (8).

Il debitore del mutuo, come debitore di cosa generica, sopporta il rischio dal momento della recezione della valuta del mutuo in poi (9).

Il creditore che agisce deve in caso di controversia dimostrare lo

---

(5) Cfr. più sopra, § 29. Vedi anche i testi citati dal PERNICE, *Labeone*, vol. II, 1ª ediz., pag. 263. Anche secondo il Cod. civ. germ. gl'interessi devono essere particolarmente convenuti: cfr. § 608. Finchè non sia diversamente convenuto, essi devono corrispondersi ad anno, e, se il mutuo debba essere rimborsato dopo il decorso di un anno, all'atto del rimborso.

(6) Cfr. più sopra, § 41, nota 5. Nell'epoca classica si aveva un compenso nella sponsione penale, secondo la quale il soccombente nell'*actio pecuniae certae creditae*, doveva prestare alla parte vittoriosa un terzo della somma dedotta nell'azione. GAI, *Inst.*, IV, § 171 [riportato al § 69, nota 7].

(7) Fr. 57 pr., D. *de pactis*, 2, 14: [« Qui in futurum usuras a debitore acce- « perat, tacite pactus videtur ne intra id tempus sortem petat »].

(8) Secondo il Cod. civ. germ., § 609, se non sia stabilito un termine per la restituzione del mutuo, la scadenza dipende dal fatto, che il creditore od il debitore ne faccia disdetta. Il termine per l'intimazione, nei mutui di un ammontare superiore ai trecento marchi, è di tre mesi, nei mutui di minore ammontare, un mese. Quando non siano convenuti interessi, il debitore è autorizzato alla restituzione anche senza alcuna intimazione.

(9) § 2, I. *Quibus modis re contrahitur obligatio*, 3, 14: [« Item is cui res « aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati « actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res « datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui « mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio « ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus per- « manet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodien- « dae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam « suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custo- « dire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non « huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est « peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio « amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem « res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi « utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: « gratuitum enim debet esse commodatum »]. Cfr. anche PERNICE, *Labeone*, vol. II, pag. 264.

sborso della valuta a titolo di mutuo. Ciò avviene precipuamente mediante le dichiarazioni di ricevuta rilasciate dal debitore (10) Ma al convenuto è libera la controprova, che egli cioè le ha rilasciate nell'aspettativa del pagamento, che non è seguito.

---

(10) Sin dal terzo secolo dopo Cristo si formò in Roma la regola, che le dichiarazioni di ricevuta rilasciata in iscritto circa lo sborso della valuta del mutuo, nei titoli di debito, potevano essere senz'altro, entro un certo termine dopo il loro rilascio, respinte dal dichiarante, come non obbligatorie, per mezzo di una protesta — *exceptio* o *querella non numeratae pecuniae* — di modo che allora il creditore doveva addurre un'altra prova dello sborso. Ed invero, secondo una costituzione di Giustiniano, tale *exceptio* o *querella* potevasi opporre ancora entro due anni dopo il rilascio del titolo: [c. 14 pr., C. *h. t.*, 4, 30: « In contractibus, in quibus pecuniae vel « aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod « antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, « qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra « solum biennium continuum, ut eo lapso nullo modo querella non numeratae « pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter « legibus expressas etiam lapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuva- « bantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem « auxilio potituris »]. Se questo tempo fosse decorso senza protesta, era esclusa la controprova contro il documento, talchè questo obbligava anche quando nel fatto la valuta non fosse stata data. Perciò Giustiniano designa addirittura come contratti letterali tali titoli coperti dal decorso del tempo. Tit. I. *de litterarum obligatione*, 3, 21: [« Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dice- « batur, quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit, « quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis « exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, « ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur con- « dictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac « exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquen- « nium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan « defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra bienni « metas huiusmodi exceptio minime extendatur »]. Queste regole giuridiche si spiegano solo dal fatto, che in Roma era costume generale, di rilasciare prima di tutto al capitalista il titolo del mutuo con la dichiarazione di ricevuta, e di ricevere in seguito la valuta, sia pel tramite degli argentarii, che amministravano i negozi di danaro dei capitalisti, sia per mezzo degli schiavi o procuratori preposti all'amministrazione dei loro capitali, su assegno del creditore del mutuo. La prova dello sborso veniva allora prodotta mediante i libri di questi rappresentanti e le ricevute loro rilasciate, e rispettivamente con la loro testimonianza. Se quindi fosse decorso un tempo maggiore, non si potevano più procurare i mezzi probatori dell'avvenuto reale sborso della valuta: ma ormai il formale documento del mutuo offriva una prova inoppugnabile. — Sia come si voglia, in Germania, dove non erano comuni simili usi commerciali, la querela apparve come altamente ingiusta ed irrazionale. Come può il debitore giungere ad annullare con una semplice protesta la dichiarazione di ricevuta da lui rilasciata? Partendo da questo punto di vista il Köster, *Defect. iuris communis*, pag. 151, al tempo suo spiegava ciò come « un *mysterium iuris* incomprensibile secondo la sana ragione »; e Ludovico nelle sue dotte *Notificazioni*, T. 1°, pag. 238, come « una stranezza,

2. È possibile, che anche il mutuante divenga responsabile in forza del negozio. Egli è, per esempio, obbligato al risarcimento, se incautamente consegnò pezzi di moneta falsa, ed il ricevente, come possessore di essi, ebbe a risentirne del danno, per es., ad essere accusato ed arrestato come falso monetario. Siffatti casi sono però straordinariamente rari, di fronte alla gran quantità dei negozi di mutuo. I Romani non gli hanno perciò considerati, ed hanno designato come rigorosamente unilaterale del mutuatario l'obbligazione derivante dal mutuo. A stare alla regola ciò è pienamente giusto.

§ 88. — **Mutui di danaro ai figli di famiglia** (1).

I mutui di danaro fatti ai figli di famiglia divengono invalidi in conseguenza del *S. C. Macedonianum*, se ebbero luogo senza l'approvazione o l'assenso del padre di famiglia, o quando non avessero giovato agli interessi del medesimo.

Era questo un diritto singolare. Infatti in Roma, secondo i principii, i figli di famiglia, come tutti quelli sottoposti alla potestà potevano indipendentemente obbligarsi per contratto (2); solo non erano naturalmente capaci di ciò gl'impuberi e per diritto comune neanhe i minori (3).

Nel commercio romano difficilmente potevasi fare a meno della capacità di obbligarsi dei figli di famiglia maggiorenni, poichè questi in Roma, dove la patria potestà di regola cessava solo con la morte del padre, costituivano una grandissima parte della popolazione di

---

la cui manifesta ingiustizia salta agli occhi a chi non fosse stato fin troppo defraudato del latte materno ». Così riferisce il KREITTMAYR nelle *Annotazioni al Codex Maximilianus Bavaricus*, IV, cap. 11, § 3. Nondimeno tali disposizioni si consideravano come di diritto comune, con le quali più o meno forzatamente si doveva transigere. La migliore esposizione della *exceptio non numeratae pecuniae* è data dal GNEIST, *I contratti formali* [Die formellen Verträge], 1845, pag. 7 sgg., cfr. inoltre la bibliografia posteriore nel WINDSCHEID, vol. II, § 372, nota; vedi inoltre HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 91 ; MITTEIS, *Diritto imperiale*, pag. 497 ; PERNICE. nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, vol. XIII, pag. 277. — La legge introduttiva alla legge di Proc. civ., § 17, capov. 1° dispone: « La forza probatoria di un tilolo di debito o di una quietanza non è legata al decorrimento di un termine ». Con ciò è abolita la querela. Cfr. LUDOVICO GOLDSCMIDT, negli *Annali di* IHERING, vol. XXIV, n. 2.

(1) Tit. Dig. *de S. C. Macedoniano*, 14, 6, Cod. 4, 38. MANDRY, *Diritto dei beni di famiglia* [Familiengüterrecht], vol. I, pag. 431 ; vedi ivi la bibliografia « quasi esuberante ». Cfr. anche BRINZ, vol. II, p. 481; HUSCHKE, *loc. cit.*, p. 149.

(2) Vedi vol. I, § 52.

(3) Vol. I, § 53.

età maggiore. Ma pur sempre i mutui di danaro ai figli di famiglia portavan seco degli inconvenienti. Un fatto assai clamoroso, il parricidio del figlio di famiglia Macedo incalzato dagli usurai, diede quindi occasione al divieto del S. C. Macedoniano (4-5). Il divieto riguarda:

a) I mutui di danaro, come pure altri negozi di credito destinati a procurar danaro (6-7).

Negozi obbligatori di altra specie, particolarmente vendite e fideiussioni, non sono interdetti ai figli di famiglia, purchè non sia chiara l'intenzione di eludere il divieto (8).

---

(4) Fr. 1 pr. D. *h. t.*, 14, 6. *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt:* « Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam « aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui « pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne « cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis « eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo « exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris « morte fieri ». Cfr. la spiegazione delle parole del *S. C.* in Keller, *Istituzioni* [Institutionen], pag. 112.

(5) Il *S. C.* venne emanato sotto Vespasiano. Suetonius, *Vespasian.*, cap. 11, Tacitus, *Ann.* 11, cap. 13, riferiscono già di Claudio « et lege lata saevitiam credi- « torum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fenori darent ». Da ciò non deve dedursi che già Claudio avesse proibito senz'altro i mutui ai figli di famiglia, ma solo che egli vi avesse introdotto alcune limitazioni. Il contenuto più preciso della legge non si può da ciò ricavare.

(6) Qui appartengono, secondo il diritto romano, le stipulazioni di debito allo scopo di procurarsi danaro, fr. 3, § 4; fr. 4; fr. 6, D. *h. t.*, 14, 6; oggi i debiti cambiari a tale scopo. [fr. 3, § 4 cit.: « Si a filio familias stipulatus sim et patri « familias facto crediderim, sive capite deminutus sit sive morte patris vel alias « sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare senatus « consultum, quia mutua iam patri familias data est: 4: quia quod vulgo dicitur « filio familias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numera- « tionem »; fr. 6 cit.: « Contra etiam recte dicitur, si a patre familias stipu- « latus sis, credas postea filio familias facto, senatus potestatem exercendam, quia « expleta est numeratione substantia obligationis »].

(7) I negozi di mutuo, in forza dei quali non viene versato danaro al debitore del mutuo, non cadono sotto il divieto, come quando al figlio di famiglia viene lasciato il danaro che egli deve per altra causa a titolo di valuta di mutuo. fr. 3, § 3, D. *h. t.*, 14, 6: [« Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam « pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel « alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. « et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio « contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit « esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus « consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit « cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet « in mutui vicem »].

(8) Fr. 3, § 3; fr. 7 pr. D. *h. t.*, 14, 6: [fr. 7 cit.: « Item si filius familias « fideiusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus con-

b) Il negozio di danaro dev'essersi compiuto durante la patria potestà (9).

Ma il figlio di famiglia, il quale possiede il ***peculium castrense*** e *quasi castrense*, rimane, sino all'ammontare di esso, obbligato come un padre di famiglia (10).

c) Non sono vietati quei negozi di danaro, ai quali il padre di famiglia sin dal principio diede il suo assentimento (11); essi divengono inoltre validi per la posteriore ratifica di costui (12); come pure pel fatto, che il guadagno si riversa nel patrimonio del padre (13).

« sultum ait. idem Celsus libro quarto. sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, « ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem « senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam « reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur »].

(9) Cfr. fr. 6, D. *h. t.*, 14, 6.

(10) Fr. 1, § 3; fr. 2, D. *h. t.*, 14, 6 [fr. 1, § 3 cit.: « In filio familias nihil « dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam « etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte « castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit 2: usque « ad quantitamem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice « patrum familiarum fungantur »].

(11) Fr. 7, § 11, D. *h. t.*, 14, 6: [« Interdum tamenetsi senatus consulto « locus sit, tamen in alium datur actio, ut puta filius familias institor mutuam « pecuniam accepit: scribit enim Iulianus libro duodecimo ipsum quidem insti- « torem exceptione senatus consulti usurum, si conveniatur, sed institoriam « actionem adversus eum qui praeposuit competere. quamquam, inquit, si ipse « pater eum praeposuisset merci suae vel peculiarem exercere passus esset, ces- « saret senatus consultum, quoniam patris voluntate contractum videretur: nam « si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohi- « buit merces accipere »].

(12) C. 7 pr., C. *h. t.* 4, 28: [« Si filius familias citra patris iussionem vel « mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum « habuerit contractum, veterum ambiguitatem decidentes sancimus, quemadmodum, « si ab initio voluntate patris vel mandato filius familias pecuniam creditam acce- « pisset, obnoxius firmiter constituebatur, ita et si postea ratum pater habuerit « contractum, validum esse huiusmodi contractum, cum testimonium paternum « respuere satis iniquum est. necesse est enim patris ratihabitionem principali « patris mandato vel consensui non esse absimilem, cum nostra novella lege et « generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae « subsecuta sunt. et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt ».

(13) Fr. 7, §§ 12 sgg.; fr. 17, D. *h. t.*, 14, 6; c. 2, c. 5, Cod. *h. t.*, 4, 28. [fr. 7 cit.: « Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatus « consultum: patri enim, non sibi accipit. sed et si ab initio non sic accepit, verum « postea in rem patris vertit, cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum « Iulianus ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. non « tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum « solvit et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatus consulto locus erit. Quod dicitur « in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare senatus consultum, « ita locum habet, si probabilem modum in mutua non excessit, certe eam quan-

d) Il divieto nell'interesse della sicurezza del commercio, non ha luogo, se il creditore, per un errore scusabile, non conosceva essere un figlio di famiglia colui al quale egli faceva credito (14).

« titatem, quam pater solebat subministrare. Si filius accepit mutuam pecuniam, « ut eum liberaret, qui, si peteret. exceptione non summoveretur, senatus con- « sulti cessabit exceptio. Hoc amplius cessabit senatus consultum, si pater solvere « coepit quod filius familias mutuum sumpserit, quasi ratum habuerit. Si pater « familias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum « repetere potest »; fr. 17 cit.: « Filius familias si in id acceperit mutuam pecu- « niam, ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione « tenebitur: ipsi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur »; c. 2 cit. riportata al § 5, nota 10; c. 5 cit.: « Macedoniani senatus consulti auctoritas « petitionem eius pecuniae non impedit, quae filio familias studiorum vel legationis « causa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, « credita est. Sed ex contractu filii post mortem eius de peculio actio in patrem « competere ita demum potest, si anni utilis spatium petitionem non impedit. « Sane si iussu patris datum mutuum probetur, nec in quos usus versa sit pecunia « disquiri necesse est et perpetua in patrem etiam mortuo filio actio est »]. Si richiede una *in rem patris versio*. Essa non deve essersi avuta in mira sin da principio. Una applicazione trovasi nel fr. 7, § 14, D. *h t.*, 14, 6, come risulta dal nesso del passo con la precedente disamina: Ulpianus, libro 29, *ad edictum*: « Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione « non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio ». Colui, che qui vien liberato per il mutuo, è il padre di famiglia. In grazia di ciò cade la *exceptio* del senatoconsulto. Così il Windscheid, vol. II, § 373, nota 11 e Huschke, *loc. cit.*, pag. 168. Quest'ultimo, dopo « *liberaret* » intercala le parole « *ab eo* ». Altri, come per es., il Vangerow, vol. I, § 245, lettera *d.*, suppongono che il figlio di famiglia abbia preso il danaro in prestito per liberarsi dal suo proprio debito. Più d'uno deduce inoltre da ciò, che sia valido ogni mutuo di danaro, che venne richiesto da un bisogno del figlio di famiglia. Così Arndts, § 282, nota 2, lett. *d*, citando il fr. 47, § 1, D. *de solutionibus*, 46, 3. Ma la giurisprudenza romana non ha conosciuto una eccezione così ampia, la quale renderebbe incerta l'applicazione del divieto. Cfr. Mandry, *loc. cit.*, pag. 454 [fr. 47 cit.: « Plane, ut « Scaevola aiebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locu- « pletior factus intellegitur, id est si necessariam sibi rem emit, quam necessario « de suo erat empturus: nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior « est. sic et in filio familias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias « causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit »].

(14) Fr. 3 pr.; fr. 19, D. *h. t.*, 14, 6 [fr. 3 pr. cit.: « Si quis patrem familias « esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice « pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus « fungebatur, cessabit senatus consultum »; fr. 19 cit.: « Iulianus scribit exce- « ptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire « potuisset filium familias esse eum cui credebat »]. Cfr. del resto fr. 7, § 7, D. *h. t.*, 14, 6. Ulpianus, libro 29, *ad edictum*: « Proinde et si alius mutuam « dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. « sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum « est utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi ».

Il negozio vietato non è nullo, bensì è annullabile per mezzo della *exceptio S. C. Macedoniani* (15). Questa eccezione compete al figlio di famiglia, e propriamente tanto prima che dopo la fine del rapporto di potestà, come pure, secondo il diritto romano, al padre convenuto pel debito del figlio con l'*actio de peculio* (16), e naturalmente anche ai suoi eredi; infine ai fideiussori, ed agli altri intercedenti, se essi avrebbero avuto dei diritti di regresso contro il figlio di famiglia (17).

Il divieto non tocca l'obbligazione naturale derivante dal mutuo (18).

Una ratifica effettuata dal figlio di famiglia durante la patria potestà è priva di efficacia; una ratifica dopo raggiunta l'indipendenza rende valido il negozio (19).

Il Codice civile ha abolito le disposizioni del *S. C. Macedonianum*.

§ 89. Il *faenus nauticum* (1).

1. Era di grandissima importanza pel commercio del tempo antico il prestito marittimo, *faenus nauticum*, *pecunia traiecticia*. Sviluppatosi in Grecia, questo istituto passò nel diritto romano.

---

(15) La *exceptio*, se non era stata opposta di fronte all'azione, poteva ancora essere allegata nel procedimento di esecuzione: fr. 11, D. *h. t.*, 14, 6 [riportato al § 84, nota 16]. Ciò è stato abolito dalla Legge di Procedura civile, § 767. Il convenuto, per dar fondamento alla eccezione, deve dimostrare, che egli, al tempo del prestito di danaro, trovavasi sotto la patria potestà. A tale intento basta semplicemente la prova, che allora suo padre ancora viveva. Se l'attore afferma, che la patria potestà era cessata, egli dovrà ciò provare. Trib. Imp. comm., vol. VII, p. 26.

(16) C. 6 pr. Cod. *h. t.*, 4, 28. [« Si filius tuus in potestate tua agens contra « senatus consultum Macedonianum mutuam sumpsit pecuniam, actio de peculio « adversus te eo nomine efficaciter dirigi nequaquam potest »].

(17) Fr. 9, § 3, D. *h. t.*, 14, 6; cfr. più sopra § 79, nota 5.

(18) Cfr. più sopra § 5, num. 4, e particolarmente nota 10.

(19) Neanche ciò è incontroverso: cfr. Mandry, *loc. cit.*, pag. 490. La costituzione di pegno esclude la *exceptio* sino all'ammontare del pegno: fr. 9 pr. D. *h. t.*, 14, 6 [« Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit « senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem ». Per ciò che riguarda il pagamento parziale di un debito di mutuo impugnabile con la *exceptio S. C. Macedoniani*, bisognava distinguere se fu fatto « in conto », ed allora deve vedersi in esso il riconoscimento dell'intero debito, ovvero se tale non è il caso, ed allora manca ogni ragione, per ritenere la parte di debito non estinta come riconosciuta. Il fr. 7, § 16, D. *h. t.* [riportato nota 13], parte dal supposto di un pagamento fatto in conto. — Cfr. Dernburg, *Diritto di pegno* [Pfandrecht], vol. I, pag. 548.

(1) Tit. Dig. *de nautico faenore*, 22, 2, Cod. 4, 33. Matthias, *Il* faenus nauticum *e lo sviluppo storico del prestito a cambio marittimo* [« Das f. n. und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei]. 1881; Schröder nel *Manuale di diritto commer-*

Nel prestito marittimo l'obbligazione del mutuatario alla restituzione della somma mutuata e degli interessi convenuti, è un' obbligazione condizionata, dipendente cioè dalla condizione di una felice traversata (2).

L'originaria forma del negozio, come pare, era, che lo stesso danaro prestato veniva spedito al porto di destinazione, per servire ivi alla incetta di merci per il luogo di partenza. L'obbligazione del debitore si faceva qui dipendere dall'arrivo della moneta prestata al porto di destinazione. Più tardi si ebbero anche i prestiti marittimi, per l'acquisto di merci per esportazione, talchè l'obbligazione del mutuatario dipendeva dall'arrivo di queste merci al porto di destinazione (3). Infine si fecero anche dei prestiti per i restauri di bastimenti, o per il salario del-

---

*ciale dell'*ENDEMANN [Handbuch des Handelsrechtes], vol. IV, p. 235; VOIGT, *Storia del diritto romano* [« Römische Rechtsgeschichte «], § 55, p. 618; SIEVEKING, *Il prestito marittimo nell'antichità* [« Das Seedarlehen im Altertum »]; Dissertaz. Inaug. Univ. di Leipzig, 1893. Un interessante documento intorno ad un prestito marittimo, contiene il fr. 122, § 1, D. *de verb. obl.*, 45, 1. Cfr. su di esso il GOLDSCHMIDT, *Ricerche sul fr. 122, § 1, de verb. obl.*, 1885. [« Callimachus mutuam « pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto « usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub « pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perfe- « rendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus: con- « venitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra « idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et « in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem « supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet « universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus « omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: « eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Calli- « machus. et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in « navem impositis cum Erote conservo Stichi quasi in provinciam Syriam per- « venturus enavigabit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem « Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam « pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet, an nihil prosit Erotis « consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra « scripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam « receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de « pecunia domino Stichi teneatur. respondit secundum ea quae proponerentur « teneri. item quaero, si Callimacho post diem suprascriptam naviganti Eros supra « scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere « potuerit. respondit non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium « datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi »].

(2) La divergente opinione del SAVIGNY, *Sistema*, vol. VI, pag. 131 nota, non ha, a ragione, trovato alcun favore.

(3) Fr. 1, D. *h. t.*, 22, 2: [« Traiecticia ea pecunia est quae trans mare « vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. sed videndum, « an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum « etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit »].

l'equipaggio, stabilendosi, che la restituzione dovesse seguire solo per il caso dell'arrivo del bastimento al porto di destinazione.

Si solevano fissare delle precise disposizioni sul viaggio, in modo che data l'arbitraria inosservanza di esse, il creditore era liberato dal rischio. Tali prescrizioni concernevano in special modo la direzione della navigazione, come pure il tempo del viaggio (4).

Consideravasi cosa naturale che il creditore sopportasse il solo rischio del mare.

La colpa del mutuatàrio (5) o dell'equipaggio, o il deterioramento intrinseco delle merci non ricadevano a carico di lui.

Per l'assunzione del rischio potevano esser convenuti interessi oltre il massimo legale.

Nondimeno Giustiniano limitò il massimo al 12 $^0/_0$ (6). Era assai

---

(4) Fr. 6, D. *h. t.*, 22, 2: [« Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam « dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset « totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque « faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit. quaesitum est « nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad credi- « torem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium « superfluum admitti possit. respondi : alias quidem pignoris deminutio ad damnum « debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiecticia pecunia ita « datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra « statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non exsistente condicione « defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, « quae non sunt amissa. si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem « stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae « in aliis navibus fuerunt, quaeri. quando ergo ad illorum pignorum persecutionem « creditor admitti potuerit? scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et « alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum vel si navis postea perierit, « quam dies praefinitus periculo exactus fuerit »]. MATTHIAS, *loc. cit.*, pag. 18.

(5) C. 4, Cod. *h. t.*, 4, 33: [« Cum proponas te nauticum fenus ea condi- « cione dedisse, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in « Salonitanorum portum nave delata fenebris pecunia tibi redderetur, ita ut « navigii dumtaxat quod in Africam destinabatur periculum susceperis, perque « vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus « quae navis continebat fiscum occupasse: amissarum mercium detrimentum, quod « non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti avaritia et incivili « debitoris audacia accidisse adseveratur, adscribi tibi iuris publici ratio non per- « mittit »].

(6) C. 2, Cod. *h. t.*, 4, 33; c. 26, § 2, Cod. *de usuris*, 4, 32. [C. 2, cit.: « Traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab « observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, mani- « festum est »; c. 26, § 2 cit.: « Ideoque iubemus illustribus quidem personis « sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum « in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis « praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae « suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus vel specierum

in uso, di dare in pegno pel prestito gli oggetti stessi acquistati col danaro ricevuto (7). Ciò però non era cosa necessaria o che s'intendesse da sè.

2. Analogia con l'antico prestito marittimo ha il contratto di prestito a cambio marittimo del diritto marittimo moderno. Ma però in questo il prestatore può cautelarsi soltanto con gli oggetti pegnorati (nave, nolo, carico), senza che il prenditore sia personalmente obbligato. In conseguenza di che il diritto del prestatore si estingue senz'altro col fortuito perimento degli oggetti oppignorati, che traversano il mare (8).

I prestiti marittimi nella maniera romana sono estranei al commercio odierno.

3. Il mutuante può naturalmente assumere anche altrimenti un rischio, e riserbarsi nella convenzione dei particolari vantaggi (9).

« fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam « excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes « homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam « quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in « quibus citra stipulationem usurae exigi solent »]. IHERING, nei suoi *Annali*, vol. XIX, pag. 1, afferma, che Giustiniano abbia stabilito il massimo degl'interessi del 12 % non già pel tempo del rischio del mare, ma bensì per gl'interessi « di terra », i quali per lo più venivano convenuti accanto agli interessi marittimi, pel tempo anteriore alla navigazione, e susseguente all'arrivo della nave, sino al pagamento. Il MATTHIAS, *loc. cit.*, pag. 29, ha adottato questa opinione. Ma essa non corrisponde alle parole di Giustiniano. Un massimo per gl'interessi marittimi può essere stato irrazionale, ma ciò non basta per porlo in dubbio. Infatti la legislazione sul credito di Giustiniano era anche in molti altri punti irrazionale. Cfr. CARLO BÜCHEL, *Il massimo legale degl'interessi* nel *foenus nauticum* [« Des gesetzliche Zinsmaximum beim f. n. »], 1888.

(7) Fr. 4, pr.; fr. 6, D. *h. t.*, 22, 2. [Fr. 4, pr. cit.: « Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum « et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. utrubique igitur « maius legitima usura faenus non debebitur, sed in priore quidem specie semper, « in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris « usurae tenebuntur » fr. 6 cit., riportato alla nota 4]. MATTHIAS, *loc. cit.*, p. 42.

(8) Si distingue il prestito a cambio marittimo « proprio », cioè il prestito a cambio marittimo necessario del capitano — che il Cod. comm. soltanto regola nei §§ 679 sgg. — e l'« improprio », rimesso alle norme delle leggi territoriali, che vien contratto dall'armatore. Solo il primo ha in Germania « una certa importanza pratica ». BESELER, *Dr. Pr.*, pag. 1212.

(9) Fr. 5, pr., D. *h. t.*, 22, 2: [« Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non exsistente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter « pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condic- « tiones nasci solent, ut 'si non manumittas', 'si non illud facias', 'si non « convaluero' et cetera. nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plu- « rimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet et athletae, unde se exhiberet « exerceretque, ut, si vicisset, redderet »].

II. — *Commodato e precario.*

§ 90. — **Il commodato** (1).

Il commodato — prestito in senso stretto — è la consegna gratuita di una cosa da parte del concedente, o commodante, al ricevente, o commodatario, per l'uso di essa, sotto l'obbligo della restituzione finito che sia quell'uso (2).

Il mutuo e il commodato hanno ambedue lo scopo del prestito; tuttavia i loro giuridici effetti sono assai differenti. Il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata, il commodatario semplice detentore per il commodante, il quale conserva il possesso giuridico e la proprietà (3). Il mutuatario è tenuto inoltre alla restituzione di analoga quantità, il commodatario alla restituzione invece della stessa cosa specifica. Il primo, in conseguenza di ciò, sopporta il rischio, il commodatario è responsabile solo per la colpa, dimodochè il perimento o deterioramento fortuito della cosa prestata colpisce il commodante. Il mutuo infine si ammette solo per le cose fungibili; il commodato è possibile per oggetti di qualunque specie, non solo pei mobili, ma anche per gl'immobili (4); perfino le cose fungibili, particolarmente i titoli

---

(1) Tit. Dig., *commodati vel contra*, 13, 6. Cod. *de commodato*, 4, 23. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato*: nell'*Archivio giuridico*, vol. LII, pag. 469.

(2) Il commodato è un contratto reale: § 2, *Inst.*, *quibus modis re contrahitur obligatio*, 3, 14. fr. 1, § 3, D *de obligationibus et actionibus*, 44, 7. [§ 2 cit., riportato al § 87, nota 9; fr. 1, § 3 cit.: « Is quoque, cui rem aliquam com« modamus, re nobis obbligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda « tenetur »]. Naturalmente al commodato possono precedere anche dei patti, che vincolano alla concessione. Assai spesso però la promessa di prestare, per es., un libro quando siasi letto, non verrà data, nell'intenzione di vincolarsi giuridicamente. Dall'esperienza della vita si vede, che cosa siasi inteso.

(3) Fr. 8, D. *h. t.*, 13, 6. Pomponius, libro 5, *ad Sabinum*: « Rei commodatae « et possessionem et proprietatem retinemus ». fr. 9, D. *eod.*, fr. 3, § 20, D. *de adquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2. [fr. 9 cit.: «... nemo enim com« modando rem facit eius cui commodat ». fr. 3, § 20 cit: « Sed si is, qui apud « me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non « videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem »]. Secondo il Cod. civ germ. il commodatario è possessore, il commodante possessore mediato.

(4) Labeone riteneva che solo le cose mobili potessero essere date a commodato, ma la giurisprudenza classica ritenne anche ammissibile il commodato di immobili, ed in particolare di abitazioni: fr. 1, D. *h. t.*, 13, 6 [« Ait praetor: ' quod « quis commodasse dicetur de eo iudicium dabo '. Huius edicti interpretatio non « est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commo« dati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. Inter commodatum

al portatore, possono essere commodati, p. es., allo scopo di darli in pegno (5).

Carattere essenziale del commodato è la gratuità. Per essa si distingue dalla locazione di cose (6). Il prendere perciò dei libri da una biblioteca circolante, contro il pagamento di un nolo, è dunque locazione, non già commodato.

Può anche essere dato a commodato ciò che non è in proprietà, nè nel possesso del concedente, per es., una cosa da lui tenuta soltanto a titolo di locazione, o persino rubata (7). Questa deve perciò essere restituita dal commodatario al ladro, finchè non viene reclamata dal proprietario.

1. L'obbligazione principale derivante dal negozio è quella del

---

« autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter « genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam « dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, « idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari « posse ait »]. Pur sempre si considerò come miglior partito di agire con l'*actio praescriptibus verbis*, poichè non si era sicuri se il « *iudex* » avesse riconosciuto un siffatto commodato: fr. 17 pr., D. *de praescriptis verbis*, 19, 5. [« Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait « posse: sed est tutius praescriptis verbis agere »]. Anche il commodato del Cod. civ. germ., si estende alle cose di ogni specie.

(5) Bolze, *La pratica del Trib. Imp.* [Praxis des Reichsgerichts], vol. I, pag. 207; fr. 3, § 6, D. *h. t.*, 13, 6. Ulpianus, libro 28, *ad edictum*: « Non potest commodari « id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat ». fr. 4, D. *eod.*, fr. 18, § 1, D. *de rebus creditis*, 12, 1. [fr. 4 cit.: « Saepe etiam ad hoc « commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant ». fr. 18, § 1 cit.: « Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depo- « situm nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego « quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis « nummis condictioni sine doli exceptione locus erit »]. Anche la temporanea concessione gratuita di un diritto costituisce un commodato.

(6) § 2, I. *quibus modis re contrahitur obligatio*, 3, 14 [rip. al § 87, nota 9]; fr. 5, § 12, D. *h. t.*, Ulpianus, libro 28, *ad edictum*: « Rem tibi dedi, ut creditori « tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas Labeo ait commodati « actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: « tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit ». Concordemente il Cod. civ. germ., § 598.

(7) Fr. 15, fr. 16, D. *h. t.*, 13, 6. [« Commodare possumus etiam alienam « rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus, ita ut et si fur « vel praedo commodaverit. habeat commodati actionem »] — È nullo il commodato, se la cosa prestata apparteneva al commodatario: fr. 15, D. *depositi*, 16, 3. [« Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec « commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, « nec precario tenetur nec ex locato »]. Ciò però non si riferisce a quei casi, in cui al proprietario non compete il diritto di usare della sua cosa, quando egli, per es., la tolga in prestito dall'usufruttuario della cosa stessa.

commodatario. Essa si fa valere con l'*actio commodati directa*. E propriamente il commodatario deve:

a) Custodire la cosa ricevuta (8); egli può usarne solo in modo conforme al contratto, ed è responsabile per ogni colpa. Il caso fortuito, che deteriora o distrugge la cosa, è a suo carico, se egli per avidità di guadagno abbia fatto della cosa un uso diverso o maggiore di quello che gli era stato consentito dal commodante, costituendo ciò un *furtum usus* (9); inoltre nel caso di sottrazione; come pure dopo la

---

(8) Fr. 5, § 2, fr. 10, D. *h. t.*, 13, 6; fr. 18 pr., D. *eod.* [fr. 5, § 2 cit., riportato al § 37, nota 10; fr. 10 cit.: « Eum, qui rem commodatam accepit, si « in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte « culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriorem, tene« bitur ». § 1, *h. frag.*, riportato al § 38, nota 2; fr. 18 pr. cit: « In rebus com« modatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater « familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti « non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, « latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas « servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et nau« fragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut « eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, « quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum porta« verit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum « praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. at si « utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei « curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud « quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne « et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis « et dotalibus aestimari solet. § 1. Sive autem pignus sive commodata res sive « deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, « de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae... »]. S'intende da sè, che il commodatario sia tenuto anche per la « *custodia* » della cosa commodata in quanto è richiesta dalla diligenza di un buon padre di famiglia: fr. 5, § 6, D. *h. t.*, [riportato al § 37, nota 9]. L'opinione del Baron, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LII, pag. 65, che il commodatario sia tenuto per la custodia in più ampia misura, di quanto ad essa provveda un diligente padre di famiglia, è infondata. Cfr. anche Windscheid, vol. II, § 375, nota 8.

(9) Nell'ammettere un *furtum usus* i Romani si sono spinti oltremodo: fr. 5, § 8, D. *h. t.*, 13, 6. Ulpianus, libro 28, *ad edictum*: « Quin immo et qui alias « re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut « Iulianus, libro undecimo, digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem com« modavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc inter« levero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me « tibi contrario iudicio: si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse « scriptum: etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quo« niam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vesti« mento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur ». Il Cod. civ. germ., § 603 dispone: « Il commodatario non può fare della cosa commodata un uso diverso di quello conforme al contratto. Senza il permesso del commodante egli non è autorizzato a concedere ad un terzo l'uso della cosa ».

mora. Nel caso eccezionale che il prestito sia avvenuto soltanto nell'interesse del commodante, il commodatario risponde solo per il dolo e per la colpa grave (10).

b) Dopo finito l'uso, come pure dopo il decorso del tempo fissato per l'uso, il commodatario deve restituire ed anzi riportare la cosa ricevuta in prestito (11-12).

La durata del diritto all'uso si determina secondo la convenzione, eventualmente secondo lo scopo del prestito, siccome venne partecipato al commodante nella conclusione del negozio, come pure secondo la consuetudine (13).

---

(10) Fr. 5, § 10, D. *h. t.*, 13, 6. ULPIANUS, libro 28, *ad edictum*: « Interdum « plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita « convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, « quo honestius culta ad es deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis « commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit ». Altro esempio: si presta un libro ad un amico, affinchè questi c' istruisca sul contenuto di esso. Il Cod. civ. germ., non rileva questo principio.

(11) Che il commodatario debba riportare la cosa viene a ragione ritenuto da WINDSCHEID, in conformità alla presumibile intenzione dei contraenti (vol. II, § 282, nota 4). A sostegno di tale opinione sembra che stia anche il fr. 12, § 1, D *h. t.*, da lui addotto. [« Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, « aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa mi- « serat ut referretur res commodata, ei qui commodatus est »].

(12) Riguardo al diritto di ritenzione devono analogamente applicarsi i principii che valgono per la locazione: cfr. più giù § 111, nota 27. Vedi inoltre c. 4, C. *h. t.*, 4 23 [« Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur »]. L'eccezione del commodatario, che egli sia il proprietario della cosa commodata, è ammissibile, secondo il fr. 15, D. *depositi*, 16, 3 [rip. più sopra alla nota 7].

(13) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 604, e, sulla disdetta del commodante prima del decorso del tempo, § 605. [§ 604: « Il commodatario è tenuto a restituire la cosa prestatagli dopo il decorso del termine convenuto pel commodato. — Se non sia convenuto alcun termine, la cosa dev'essere restituita dopo che il commodatario ne abbia fatto quell'uso che risulta dallo scopo del commodato. — Il commodante può già in precedenza richiedere la cosa, quando sia decorso tanto tempo, in cui l'uso poteva esser compiuto. — Se la durata del prestito nè sia determinata, nè possa desumersi dallo scopo del contratto, il commodante può richiedere in ogni tempo la cosa. — Se il commodatario concede l'uso della cosa ad un terzo, il commodante può richiederla anche dal terzo dopo la fine del commodato ». § 605: « Il commodante può disdire il commodato: 1° quando egli in conseguenza di una circostanza imprevista ha bisogno della cosa prestata; 2° quando il commodatario fa della cosa un uso contrario al contratto, ed in particolare quando non autorizzato concede l'uso della cosa ad un terzo, o quando, trascurando la diligenza che gl'incombe mette in serio pericolo la cosa; 3° quando il commodatario muore »]. Parecchi scrittori affermano, essere essenziale al commodato, che in esso sia espressamente convenuto un uso determinato, mentre è altrimenti pel precario. Ma una tale regola non deriva nè dalla natura della cosa, nè risulta dalle fonti. Cfr. VANGEROW, vol. III, § 691, num. VI, pag. 613.

Anche le pertinenze, e tutto ciò che il commodatario ottenne in conseguenza del commodato, deve egli restituire (14).

2. Dal commodato possono per converso sorgere anche delle pretese del commodatario contro il commodante, per le quali è stabilita l'*actio commodati contraria*. Esse sono dirette:

a) Alla restituzione di rilevanti spese, se fatte per necessità o con l'assenso del commodante, o se, secondo i principii della gestione di negozi senza mandato, debbano essere rimborsate. Le spese cosiddette correnti che si ripetono ad intervalli regolari, come, per es., pel foraggio di un cavallo, si compensano con l'uso, e non debbono risarcirsi (15), finchè la cosa prestata venne usata od almeno era adoperabile.

---

(14) Fr. 38, § 10, D. *de usuris*, 22, 1 [« Si possessionem naturalem revocem, « proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commo- « dato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus »]. Sulla questione, se il commodatario al quale venne rubata la cosa commodata, debba rendere al commodante la pena riscossa pel furto, vi era controversia, che GIUSTINIANO risolse nella c. 22, Cod. *de furtis*, 6, 2 [« . . . . . Sed cum in secunda dubitatione inci- « debat, quid statuendum sit, si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis « furto subtraxerat et lite pulsatus condemnationem passus fuerat non tantum « in rem furtivam sed etiam in poenam furti, et postea dominus rei venerit omnem « condemnationem accipere desiderans utpote ex suae rei occasione ortam, alia « dubitatio incidit veteribus, utrumne rem tantummodo suam vel eius aestima- « tionem consequatur, an etiam summam poenalem. Et licet ab antiquis variatum « est et ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis haec deci- « dentibus Papinianus, licet variavit, eligendus est, non in prima, sed in secunda « eius definitione, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire: ubi « enim periculum, ibi et lucrum collocetur, nec sit damno tantummodo deditus « qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare »]. Cfr. su « di ciò DERNBURG, *Diritto di pegno*, vol. I, pag. 147 sgg.

(15) Fr. 18, § 2, D. *h. t.*, 13, 6 [« Possunt iustae causae intervenire, ex quibus « cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis invaletudinem servi « factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam « cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum « accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores « impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum « ad eundem pertineant »]. Il commodatario per siffatti crediti ha un diritto di ritenzione; fr. 15, § 2, fr. 60, D. *de furtis*, 47, 2 [fr. 15, § 2, cit.: « Sed eum « qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat non teneri furti placuisse Pompo- « nius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. « ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius « habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia « eo casu quasi pignoris loco ea res fuit »; fr. 60, cit.: « Si is, qui rem com- « modasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum « recepisset et ille commodati liberatus esset. hoc tamen ita accipiendum est, si « nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit: nam si impensas neces- « sarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas ser- « vare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit »]. Cfr. Cod.

b) Il commodante deve parimenti prestare il risarcimento del danno prodotto al commodatario, per effetto del suo dolo o di una colpa grave. Un caso principale è il danneggiamento per l'intempestiva ripresa, per es., se una casa puntellata sia rovinata in seguito alla intempestiva rimozione dei puntelli prestati (16-17).

§ 91. — Il *precarium* (1).

Precarium (2) è la gratuita concessione di una cosa o di un diritto (3) sino alla revoca a piacimento.

---

civ., § 601, e su di una breve prescrizione § 606 [§ 606 : « Lo preteso di risarcimento del commodante per modificazioni o deterioramenti della cosa prestata, come pure le pretese del commodatario pel risarcimento di spese o per la permissione della rimozione di uno stato di cose, si prescrivono in sei mesi »].

(16) Fr. 17, § 3, D. *h. t.*, 13, 6 ; PAULUS, libro 29, *ad edictum* : « Sicut autem « voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum com- « modati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id « fecit..., tunc finem praescribere et retro agere atque intempestivae usum com- « modatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter « dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem pro- « positae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis « fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles ». Cfr. inoltre fr. 18, § 3, fr. 22, D. *eod.* [fr. 18, § 3, cit. : « Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, « si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo « nomine est »; fr. 22, cit. : « Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, « utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in « curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem « noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem com- « modati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit »].

(17) Il commodante è anche tenuto al risarcimento del danno, quando egli conosceva i vizi della cosa prestata, e non li indicò al commodatario, salvochè egli poteva ritenere che questi ne avesse notizia, o che non fossero per lui di rilievo; fr. 18, § 3, fr. 22, D. *h. t.*, 13, 6. Secondo il Cod. civ. germ., § 600, il commodante è tenuto, quando dolosamente tace il vizio della cosa.

(1) Tit. Dig. *de precario,* 43, 26 ; Cod. 8, 9 ; G. E. SCHMIDT, *Il commodato ed il precario* [Das Kommodat und Prekarium], 1841 ; DANKWARDT, *Il precario e l'enfiteusi* [Das P. und die Emphyteuse] negli *Annali di* IHERING, vol. XIV, pag. 290 ; LENEL, *ivi*, vol. XVIIII, pag. 208 ; BEKKER, *Possesso* [Besitz], pag. 122 sgg. Una esposizione assai perspicua ed esatta del precario romano trovasi nel FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, les origines du système féodal.* Paris, 1880, pag. 63. Cfr. MASSIMILIANO WEBER, *Storia agraria romana* [Römische Agrargeschichte], 1891 ; IHERING, *La volontà del possesso* [Besitzwille], pag. 289 ; UBBELOHDE nel *Glück*, Serie dei libri 43 e 44, Parte 5, pag. 198 seg. Il Cod. civ. germ. non fa menzione del precario.

(2) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 43, 26 ; ULPIANUS, libro 1, *Institutionem* : « Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui « concessit patitur ».

1. Il precario era in Roma, fin dai tempi antichissimi, un importante rapporto sociale, ma semplicemente di fatto, in forza del quale il patrono al cliente, e poi in generale il patrizio od il ricco alla persona di minor condizione da lui dipendente, accordavano dei favori a titolo di benevolenza (4). Veniva così costituito un rapporto di fedeltà del ricevente, o precarista, non un rapporto giuridico. Poichè il diritto, secondo il concetto romano antico, era un campo determinatamente chiuso, nel quale regnavano la forma e la regola. Caratteristica per il precario era quella di stare fuori di questo campo.

Secondo la rappresentazione romana dunque il precario non riposava su contratto. Se un contratto veniva conchiuso circa la restituzione di una cosa gratuitamente concessa sino alla revoca, ciò non costituiva un precario (5). Dal precario perciò non derivava nessuna azione di commodato, poichè questa si appoggiava ad un contratto, che nel precario non si considerava come avuto in mira.

Il concedente del precario aveva di conseguenza un libero diritto di revoca, perfino se egli aveva fatto balenare al precarista la probabilità della definitiva concessione. La rinunzia alla revoca in un precario era priva di valore giuridico (6).

Neanche il precarista era contrattualmente vincolato. L'*interdictum de precario,* che l'editto pretorio aveva accordato al concedente contro il precarista (7), aveva analogia con una *vindicatio.* Esso si fondava

---

(3) Fr. 2, § 3; fr. 3, fr. 8, § 5; fr. 15, § 2, D. *h. t.*, 43, 26 [fr. 2, § 3, cit.: « Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex « hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere « aut uti liceat: fr. 3 « veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel « agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel « tignum in parietem immissum habeas »; fr. 8, § 5. cit.: « Si servitute usus « non fuit is qui precario rogavit ac per hoc amissa sit, videamus, an interdicto « teneatur. ego arbitror non alias, quam si dolo fecerit »; fr. 15, § 2, cit.: « Pre- « cario habere etiam ea quae in iure consistunt possumus. ut immissa vel protecta »]. Tale frequente accentuazione doveva dimostrare, che nel concetto originario del precario non stava la concessione di un diritto.

(4) Cfr. vol. I, § 263; vedi anche ivi, § 171.

(5) Fr. 15, § 3, D. *h. t.*, 43, 26; Pomponius, libro 29, *ad Sabinum*: « Cum « quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit ».

(6) Fr. 12 pr., D. *h. t.*, 43, 26; Celsus, libro 25, *Digestorum*: « Cum pre- « cario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, num- « quid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis « est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat ».

(7) La formula dell'interdetto è data dal fr. 2 pr., D. *h. t.*, 43, 26; cfr. Lenel, *Edictum*, pag. 389 [« Ait praetor: ' Quod precario ab illo habes aut dolo malo « fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas '. Hoc interdictum « restitutorium est »].

su di uno stato di cose: *precario ab illo habere*, eventualmente anche sul dolo (8).

Nell'epoca imperiale si aggravò la responsabilità del precarista. Si parificò anche qui la *culpa lata* al *dolus*, si ritenne inoltre responsabile il possessore, dall'intentata azione in poi, per il caso fortuito, secondo le regole della mora (9), e si accordò infine al concedente, secondo i principii generali, una *condictio* per la restituzione del possesso, tenuto *sine causa* dal precarista dopo la revoca (10). Ma l'*actio praescriptis verbis*, che oltre a ciò si trova nelle Pandette di Giustiniano, e quindi un'azione contrattuale, appartiene all'epoca postclassica, che non serbava più un esatto concetto dell'istituto (11).

Il precarista ha di regola il possesso giuridico (12).

2. Anche oggi ha luogo la concessione di cose, e di diritti a titolo di precario. Ma questo conserva solo alcuni dei tratti dell'istituto romano.

Si comprende bene anche oggi, che si può invero concedere qualcosa all'uso o al vantaggio di altri, per tempo più breve o più lungo, ma che non si voglia per nulla essere giuridicamente vincolati al rilascio

---

(8) Ciò, secondo il Bekker, *Possesso*, pag. 130; cfr. anche Ubbelohde, *loc. cit.*, pag. 320.

(9) Fr. 8, §§ 4, 6 D. *h. t.*, 43, 26 [« Ex hoc interdicto restitui debet in pri« stinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti « interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est: « ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur »; § 6 rip. al § 37, nota 11].

(10) Fr. 19, § 2, D. *h. t.*, 43, 26, riportato alla nota seguente.

(11) Di un'*actio praescriptis verbis* si fa parola in due luoghi delle *Pandette*. Una volta nel fr. 19, § 2, D. *h. t.*, Iulianus, libro 49, *Digestorum*: « Cum quid « precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condi« tione, id est praescriptis verbis ». È manifesto, che le ultime parole non provengano da Giuliano. Infatti era impossibile, che Giuliano identificasse la *condictio*, che era un'*actio stricti iuris* diretta alla restituzione, con l'*actio praescriptis verbis, actio bonae fidei* diretta all'adempimento di ciò che è stato promesso. Inoltre parla di un'*actio praescriptis verbis*. il fr. 2, § 2, D. *h. t.*, Ulpianus, libro 71 *ad edictum* « ... itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti « possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur ». Se nel fr. 19, § 2, cit. è certa la mancanza di genuinità, tanto più questa deve qui ammettersi, dove l'aggiunta « *quae ex bone fide oritur* » suona prettamente di scuola. Veramente anche in Paolo, *Sent.* V, 6, § 10 si osserva: « tamen et civilis actio « huius rei, sicuti commodati competit ». Da ciò si può dedurre, che noi in tutti questi luoghi abbiamo a che fare con glosse di maestri di diritto posteriori all'epoca classica, e non già con escogitazioni dei compilatori. Ciò non toglie che sia altrettanto certa la mancanza di genuinità. Cfr. Gradenwitz, *Interpolazioni*, pag. 128. Diversamente il Windscheid, vol. II, § 376, nota 3. Cfr. anche Ubbelohde, *loc. cit.*, pag. 344.

(12) Cfr. vol. I, § 173.

definitivo, talchè, ciò che in origine era un favore, resta in ogni tempo una libera concessione. In questo senso occorre oggi il precario (13).

Il precarista ha anche oggi di regola, conformemente alle regole di diritto romano, il possesso giuridico.

All'incontro è a noi del tutto estraneo il concetto, che chi riceve una concessione rivocabile ad arbitrio non debba da parte sua essere giuridicamente vincolato; invece egli ci appare contrattualmente obbligato tanto alla restituzione, quanto alla diligente conservazione della cosa. Perciò egli è responsabile anche per ogni grado di colpa. Da questo lato non può più mantenersi in piedi una differenza tra commodato e precario.

In conseguenza di ciò il precario è divenuto una sottospecie del commodato. Si caratterizza precipuamente per la libera revocabilità. In questo senso ricorre il precario anche dopo essere entrato in vigore il Codice civile.

III. — *Deposito* (1).

§ 92. — **Concetto del deposito. Obbligazioni.**

Deposito è la consegna di oggetti per la gratuita custodia (2).

Esso è un contratto reale. Naturalmente si possono anche concepire dei contratti, con cui taluno si vincoli all'accettazione di depositi.

Il deposito ha per iscopo la custodia; ma se vien promessa una custodia che sorpassi i limiti dell'ordinario, allora il negozio sarà un mandato (3). A torto più d'uno argomenta da ciò, che il deposito non

---

(13) Se vien data qualche cosa in precario, ma con rinunzia alla revoca per un tempo determinato, tale rinunzia non è come in Roma priva di forza obbligatoria, — cfr. sopra nota 6 — ma bensì è valida, però non si ha un precario, ma una inesatta designazione del rapporto di commodato.

(1) Tit. Dig. *depositi*, 16, 3. Cod., 4, 34. NIEMEYER, *Fiducia cum amico e depositum* [F. c. a. und d.] nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, vol. XII, n. 13. Su l'Editto e le formule cfr. LENEL, *Edictum*, pag. 230. Vedi anche DERNBURG, *Compensazione* [Kompensation], 2ª ediz, pag. 51. Il Cod. civ. germ., § 688 sgg. tratta del « contratto di custodia ».

(2) La designazione non decide da sola. Anche ciò che si dà come pegno viene spesso nell'uso della vita indicato come « deposito ». Pur sempre però conviene anzitutto attenersi al nome.

(3) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 16, 3, ULPIANUS, libro 30, *ad edictum*: « Depositum « est, quod custodiendum alicui datum est ». Analogamente il fr. 1, § 9 ed il fr. 6, D. *eod.* [fr. 1, § 9 cit.: « Si quis servum custodiendum coniecerit forte in « pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus « pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, « quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius

vincoli in generale alla custodia, ma solo alla concessione di uno spazio di luogo, al fine che la cosa venga custodita (4).

È essenzialmente gratuito; la custodia contro mercede è contratto di locazione (5-6). Il deposito secondo il diritto comune non si riferisce esclusivamente alle cose mobili, alle quali certo anzitutto si pensa, ma trovasi anche riguardo agl' immobili, particolarmente nella forma del sequestro. Il Codice civile lo limita alle cose mobili (7).

« servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed « quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud « quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est ». fr. 6 cit.: « Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum « certa condicione custodiendum reddedumque traditur »]. Veramente con questa definizione sembra che discordi ciò che Ulpiano espone più oltre nel fr. 1, § 12 cit.: « Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam « recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pom« ponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum « habens et custodiae legem ». Lo stesso vale del § 17, Ist. *de obligationibus ex delicto*, 4, 1, secondo il quale il depositario « *custodiam non praestat* » [rip. al § 37, nota 8]. Ma una contraddizione non vi è. Il pieno dovere della custodia, come suol essere adempiuto dal più diligente padre di famiglia, o come vien convenuto con particolare contratto, è estraneo al deposito. Nel suo concetto sta di certo la custodia ordinaria, che non può senza grave colpa essere trasandata.

(4) Windscheid, vol. II, § 378, nota 1. Più esattamente spiegò un antico pratico: « Si studiosus vel scholaris in alterius scholaris museo librum collocet « scientis et patientis non est depositum ». Cfr. Brinz, vol. II, § 317, nota 3.

(5) Fr. 1, § 8 e 9, D. *h. t.*, 16, 3 [« Si vestimenta servanda balneatori data « perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, « depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, « ex conducto ». § 9 h. frag., rip. sopra nota 3]. Non sta in contraddizione il fr. 2, § 23, D. *vi bonorum raptorum*, 47, 8: « Pretium depositionis, non quasi « mercedem accepi ». Trattasi qui di un indennizzo di spese, di un onorario. Unterholzner, *Obbligazioni*, vol. II, pag. 661, Petražycki, *Il reddito* [Einkommen], vol. II, pag. 380. Secondo il Cod. civ. germ., § 688, anche la custodia contro un compenso è contratto di custodia; secondo il § 689 il compenso in alcune circostanze si considera come tacitamente convenuto; cfr. anche § 699. [§ 699 cit.: « Il deponente deve corrispondere il compenso convenuto alla fine della custodia. Se il compenso è commisurato a periodi di tempo, dev'essere corrisposto dopo il decorso di ciascun periodo. — Se la custodia cessa prima del decorso del tempo stabilito per essa, il custode può pretendere una parte del compenso corrispondente alla sua precedente prestazione, salvochè dalla relativa convenzione non risulti altrimenti »].

(6) Non si ha un deposito, quando una cosa viene affidata per la custodia ad occasione di un altro contratto, per es., di un mandato: « uniuscuiusque enim « contractus initium spectandum et causam »: fr. 8 pr. D. *mandati*, 17, 1.

(7) Così anche molti scrittori di diritto comune, particolarmente il Windscheid, vol. II, § 377, nota 4, il quale vuol dedurre ciò dal suo concetto del deposito come « la concessione di uno spazio ».

Non viene in considerazione se il deponente sia proprietario; persino il deposito della cosa rubata deve perciò restituirsi al ladro, purchè essa non sia gravata di sequestro per conto del derubato (8).

Il depositario non acquista il possesso giuridico della cosa depositata presso di lui; egli invece la detiene per conto del deponente (9).

1. L'obbligazione principale derivante dal deposito è quella del depositario. Contro di lui sta l'*actio depositi directa*. E propriamente a lui incombe:

a) la custodia della cosa depositata. Questa deve aver luogo nel modo convenuto ed usuale, di regola a cura personale del depositario. Particolari motivi possono giustificare un altro modo di custodia (10);

---

(8) Fr. 1, § 39, D. *h. t.*, 16, 3; fr. 31, § 1, D. *eod.* [fr. 1, § 39 cit.: « Si « praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte « depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur ». fr. 31, § 1 cit.: « .... bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus « adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas « id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit « apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere « Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, « ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex om- « nibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt. « quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum « cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. « quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui « deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et « fure scribit. si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud « patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet « depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi « aliena. servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, « apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non con- « trahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni resti- « tuere compelli. sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex « causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet »].

(9) Fr. 3, § 20, D. *de adquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2; fr. 7, § 1, D. *h. t.*, 16, 3 [fr. 3, § 20 riportato al § 90, nota 3; fr. 7, § 1 cit.: « Datur « actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum: quamquam enim alias ex « dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte quae ad nos pervenit, tamen « hic dolus ex contractu reique persecutione descendit ideoque in solidum unus « heres tenetur, plures vero pro ea parte qua quisque heres est »]. Secondo il concetto del Cod. civ. germ. il custode è possessore.

(10) Dal fr. 16, D. *h. t.*, 16, 3, non si può argomentare che si sia senz'altro autorizzati a collocare le cose depositate presso un subdepositario, ma soltanto che si debbano cedere le azioni contro il subdepositario al deponente, quando il successivo deposito avvenne senza facoltà. [fr. cit.: « Si is, apud quem rem depo- « sueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud « quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut « actiones suas tibi praestet »]. Anche secondo il Cod. civ. germ., § 691, il custode

b) la restituzione della cosa con le sue pertinenze (11), e tutto ciò che essa ha prodotto presso di lui (12). La restituzione deve avvenire nel luogo, in cui la cosa a quel tempo si trova (13). Però a richiesta del deponente gli si deve spedire, a spese e rischio di lui. Se il depositario arbitrariamente, per dolo o colpa grave, l'ha trasportata altrove, essa dev'essere riposta dove venne depositata (14);

c) la responsabilità per il dolo e la colpa grave (15-16). Nel

---

non è, nel dubbio, autorizzato a depositare presso un terzo la cosa depositata; secondo il § 692 egli è soltanto autorizzato a modificare la specie di custodia convenuta, quando possa ritenere che il deponente avrebbe ciò approvato nella conoscenza dello stato delle cose. Il custode deve darne precedentemente avviso al deponente ed aspettare la decisione di costui, salvo che all'indugio non sia congiunto un pericolo.

(11) Fr. 1, § 5, D. *h. t.*, 16, 3: [« Quae depositis rebus accedunt, non sunt « deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec « si equus cum capistro, nam solus equus depositus est »]. Questo frammento voleva solo troncare l'azione indipendente per le pertinenze, ma anche in questo senso non può più considerarsi come di diritto comune. Cfr. inoltre fr. 1, § 41, D. *h. t.*: [« Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur an et species « comprehendendae sint? et ait Trebatius cistam repetendam, non singularum « rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt et sic depositae, adi- « ciendae sunt et species vestis. Labeo autem ait eum qui cistam deponit singulas « quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. quid ergo si « ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum « suscepit depositum. ergo et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata « cista deposita sit »].

(12) Fr. 1, § 24, D. *h. t.*, 16, 3: [« Et ideo et fructus in hanc actionem « venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat »]. Riguardo al tempo della ripetizione, vedi più sopra, § 34, nota 12.

(13) Fr. 12, pr,, § 1, D., *h. t.*, 16, 3: [« Si in Asia depositum fuerit ut « Romae reddatur, videtur id actum, ut non inpensa eius id fiat apud quem « depositum sit, sed eius qui deposuit. Depositum eo loco restitui debet, in quo « sine dolo malo eius est, apud quem depositum est »:... rip. § 32, nota 5]. Concordemente il Cod. civ. germ., § 697.

(14) Cfr. ancora più sopra. § 32, nota 4.

(15) Cfr. più sopra, § 36, num. 2. Gli eredi del depositario sono tenuti per la colpa del testatore nella loro porzione ereditaria, per la propria colpa *in solidum*: fr. 7, § 1; fr. 9; fr. 18, D. *h. t.*, 16, 3. [Fr. 7, § 1 riportato sopra alla nota 9; fr. 9 cit.: « In depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex « pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto, « pro parte non ago: merito, quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum « ipse heres admisit ». Fr. 18 cit.: « De eo, quod tumultus incendii ruinae « naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro here- « ditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum « et in duplum et in perpetuum datur »]. Cfr. sopra, § 37, num. 2, nota 11.

(16) Secondo il Cod. civ. germ. il custode, nella custodia con ricompensa, è tenuto per la *culpa levis*, in quella gratuita per la *culpa in concreto*: cfr. § 690.

caso di sottrazione — *furtum rei* — o di uso contrario al diritto con avida intenzione di guadagno — *furtum usus* —, o se sia posto in mora, egli è tenuto anche pel caso fortuito (17).

Egli deve anche, nel caso della mora o dell'impiego per proprio uso, corrispondere gl'interessi (18).

Il deponente dev'essere il più che sia possibile assicurato. Egli aveva dei privilegi nel fallimento (19); il depositario che si attirava una condanna diveniva infame (20); se il deposito era stato fatto in

---

(17) Fr. 1, § 25; fr. 12, § 3, D. *h. t.*, 16, 3; c. 3, Cod. *h. t.* [fr. 1, § 25 cit.: « Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depo« siti, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo « fecisti, cum venderes »; fr. 12, § 3 cit.: « Quemadmodum quod ex stipulatu « vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei « periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud « quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus « nec reddidit »; c. 3, Cod. cit.: « Si depositi experiris, non immerito etiam « usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione « non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens pru« densque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit »].

(18) C. 3; c. 4, Cod. *h. t.*, 4, 34; [c. 4 cit.: riportata al § 29, nota 17]. Cod. civ. germ., § 689.

(19) Fr. 7, §§ 2 e 3; fr. 8 D. *h t.*, 16, 3; fr. 24, § 2, D. *de rebus a. iud. poss.*, 42, 5; [fr. 7, §§ citt.: « Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo « loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habue« runt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos « exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio « habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, « quasi renuntiaverint deposito. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui « deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. et constat « simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur »; fr. 8 cit.: « Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argen« tarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: « idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum « est. plane sumptus causa, qui necessario factus est, semper praecedit: nam « deducto eo bonorum calculus subduci solet »; fr. 24, § 2 cit.: « In bonis « mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui « pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis « nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur. « et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, « vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante pri« vilegia »].

(20) Fr. 6, §§ 6 e 7, D. *de his qui not. inf.* 3, 2; [« Illud plane addendum « est, quod interdum et heres suo nomine damnatur et ideo infamis fit, si in « deposito vel in mandato male versatus sit: non tamen in tutela vel pro socio « heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in tutelam neque in socie« tatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti. Contrario iudicio dam« natus non erit infamis: nec immerito. nam in contrariis non de perfidia agitur « sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi »].

caso di particolare pericolo, ne seguiva, per la mancata restituzione, la condanna nel doppio (21). Tutto ciò non appartiene più al diritto pratico.

All'incontro nel diritto comune si mantenne il principio, che di fronte al credito derivante dal deposito ogni compensazione o ritenzione a causa di opposti crediti è esclusa (22). Ciò vale persino se tali opposti crediti derivino da deposito (23). Al codice civile germanico anche queste disposizioni sono sconosciute.

2. Il deponente è obbligato verso il depositario con l'*actio depositi contraria:*

a) a causa di colpa. Egli deve perciò rispondere di ogni danno, che la cosa depositata ha cagionato al depositario, se egli conosceva o poteva prevedere il pericolo, e non lo indicò (24);

---

(21) Fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 16, 3: [« Praetor ait: ' Quod neque tumultus neque « incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum « autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem « eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, « quod ipsius, in duplum iudicium dabo ' »].

(22) C. 11. Cod. *h. t*, 4, 34 [riportata al § 63, nota 13].

(23) Se la cosa appartiene al depositario, il deposito è nullo: fr. 15, D. *h. t.*, 16, 3 [riportato al § 90, nota 12]. È tuttavia esclusa l'eccezione della proprietà, di fronte all'*actio depositi*? Ciò ritiene il WINDSCHEID, vol. II, § 378, nota 3, con riferimento alle parole della c. 11 C. cit., secondo le quali all'azione derivante dal deposito non possono neanche opporsi le azioni « *in rem* ». Però tale opinione non è esatta. Infatti il ricevente il deposito non allega alcuna azione reale, ma nega la sussistenza giuridica del deposito della cosa propria. Così anche la Corte di Appello di Jena, nel *Giornale della Giustizia nella Turingia e nell'Analto*, Nuova serie [Blatt für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt], vol. XVII, pag. 157. Se il depositario ha acquistato la cosa depositata dal deponente dopo il deposito, è fuori ogni dubbio, che egli possa ciò opporre all'azione derivante dal deposito; infatti ciò ha posto fine al deposito. In questo senso, Trib. Imp., vol. XV, pag. 208, e WINDSCHEID, *loc. cit.* È lecito al depositario di far pignorare la cosa depositata presso di lui, a causa di un credito che gli compete contro il deponente? Ciò si deve affermare, poichè egli potrebbe farla pignorare anche quando la cosa fosse ritornata nella custodia del suo debitore.

(24) Fr. 62, § 5, D. *de furtis*, 47, 2: [« Quod vero ad mandati actionem « attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari « debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, « etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo « minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare « non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque « evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non « oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, « multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contra- « xerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in « superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens « reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa

b) inoltre ad indennizzarlo insieme con gl'interessi delle spese necessarie, come pure di quelle fatte dietro suo incarico (25-26).

§ 93. — Particolari specie del deposito.

1. È ammissibile il deposito di danaro o di altre cose fungibili, anche carte valori, disponendosi che altrettanto, cioè non necessariamente lo stesso, venga restituito: *depositum irregulare*, deposito di somme (1).

Esternamente questo negozio è analogo al mutuo (2). Infatti il

---

« contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam « esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod « non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret »]. UNGER, negli *Annali di* IHERING, vol. XXXIII, pag. 321, ritiene il deponente senz'altro responsabile pel danno cagionato dal deposito, anche se egli non poteva prevederlo, e quindi anche se, ad es., il cavallo depositato portava in sè un germe di malattia irriconoscibile al tempo del deposito, ovvero se contagiato anche più tardi comunicò il contagio ai cavalli del depositario. Ciò non è nè giusto nè equo. Se si tratta soltanto di un caso fortuito, questo deve gravare sul proprietario dei cavalli; poichè egli non deve ignorare che la sua proprietà è soggetta ad infortuni. Contro Unger anche SEUFFERT, *Archivio*, vol. L, n. 242 (Corte di Appello di Stuttgart). Nel nostro senso il Cod. civ. germ., § 694. [§ cit.: « Il deponente deve risarcire il depositario del danno prodotto dalla qualità della cosa depositata, salvochè egli al tempo del deposito non conosca nè debba conoscere la qualità pericolosa della cosa, o ne dia notizia al depositario, ovvero questi senza tale indicazione l'abbia conosciuta »].

(25) Al depositario devono essere anche rimborsate le spese di foraggio per gli animali a lui consegnati, poichè egli non può utilizzarli: fr. 23, D. *h. t.*, 16, 3: [« Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem « iudicem utiliter experitur »]. Può egli anche pretendere le spese utili, secondo i principii della gestione di negozi senza mandato? In senso contrario PETRAŽYCKI, *Il reddito*, vol. I, pag. 309.

(26) Il Cod. civ. germ., § 693 dispone: Se il depositario allo scopo della custodia sopporta delle spese, che secondo le circostanze egli può ritenere come necessarie, il deponente è tenuto a rimborsarnelo.

(1) Vedi la bibliografia nel NIEMEYER, *Depositum irregolare*, 1889. Cfr. inoltre REATZ, *Parere dell'Ordine degli avvocati intorno al Progetto* [Gutachten aus dem Anwaltsstand zum Entwurf], pag. 542; SCHEY, *Rapporti obbligatori*, vol. I, p 55.

(2) Recentemente il NIEMEYER, *loc. cit.*, insieme con più d'uno scrittore precedente nega al *depositum irregulare* un positivo valore nel diritto odierno. Per essi si tratterebbe solo di un mutuo. Intanto, il che appena può disconoscersi, di già ALFENO riconobbe (fr. 31, D. *locati*, 19, 2) la speciale forma del negozio. In ogni caso essa venne ammessa da PAPINIANO. Così anzitutto nel fr. 24, D. *h. t.*, 16, 3, libro 9, *Quaestionum*. Nelle parole di questo passo, da « *quod ita verum est* » sino a « *et est quidem constitutum* » trovasi veramente una contradizione con la restante esposizione, la quale però non vien messa in disparte. In quelle parole vi è una glossa, forse una censurabile nota di Ulpiano, rimasta

ricevente diviene, come nel mutuo, proprietario del danaro affidato, e ne assume il rischio. Spesso anche egli deve corrispondere interessi, i cosiddetti interessi di deposito. Ma gli scopi, e con ciò anche la giuridica configurazione, sono differenti. Infatti il ricevente, nel *depo-*

---

per svista nel testo di Papiniano. Così pure lo stesso PAPINIANO nel fr. 25, D. *eod.*, libro 3, *responsorum*, si dichiara per la validità di un *depositum*, nel quale sia dovuto « *tantumdem* » non « *idem* »; altrettanto avviene di PAOLO nel fr. 26, § 1; fr. 29, § 1, D. *h. t.*, 16, 3, mentre ULPIANO nel fr. 7, § 2, D. *h t.*, 16, 3, e nel fr. 24, § 2, D. *de rebus auctoritate iudicis*, 42, 5, sembra di sicuro che neghi questa forma di negozio. Le decisioni di PAPINIANO e di PAOLO sono quelle divenute dominanti ed in ogni caso di diritto giustinianeo [fr. 31 cit.: « In « navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his « frumentum reddiderat et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte « frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum « duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda « locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum « fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem « domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam « si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam « traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset « nisi tantumdem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii « et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia culpa clusum « uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, « non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset tri- « ticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: « quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius « fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe « quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse « actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita « datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere « (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omni- « modo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum « reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam « ceterorum »; fr. 24, cit.: « 'Lucius Titius Sempronio salutem: Centum nummos, « quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut « notum haberes, hac epistula manum ea scripta tibi notum facio: quae quando voles « et ubi voles confestim tibi numerabo', quaeritur propter usurarum incrementum. « respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam « deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem « redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi » notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum con- « venit tantumdem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum « est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet « ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem « et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui bene- « ficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis con- « venit, lex contractus servabitur »; fr. 25, *eod.*, cit.: « . . . . . qui pecuniam « apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios

situm irregulare, vuol prestare un servigio al deponente, non già assumere un mutuo. Così, se un signore accoglie nella sua cassa il danaro del servo, dietro preghiera di costui; così anche nei depositi che le banche ricevono; e nei depositi di danaro nei pubblici uffici di deposito (3).

« convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est »; fr. 26, § 1, cit.: « Lucius Titius ita cavit: ‘ Ἔλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης « τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ παντα ποιήσω καὶ συμφωνῶ καὶ « ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται· καὶ συνεθέμην χορηγῆσαί σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου « μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου. ’. quaero, an usurae « peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecu- « niae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione « depositi peti possunt »; fr. 29, § 1, cit. : « Si ex permissu meo deposita pecunia « is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius « nomine praestare mihi cogitur »; fr. 7, § 2, cit. e fr. 24, § 2, cit., riportati al § 92, nota 19]. Il Niemeyer intende il testo di Papiniano nel senso che questi, prendendo le mosse dalle parole « *commendare* » e « *deponere* » usate non tecnicamente dai contraenti, abbia trattato l'azione come un'*actio depositi*, per evitare il *rigor iuris* della *condictio ex mutuo*, e perchè conformemente alla intenzione delle parti ed all'equità si dovesse attribuire una considerazione agl'interessi convenuti in modo non formale. ed agl'interessi moratori. All'intento quindi di favorire il mutuante, Papiniano avrebbe ritenuto l'azione di deposito, pur trattandosi di mutuo. — Ma in verità al tempo di Papiniano l'azione di mutuo, nella quale il soccombente in conseguenza della *sponsio tertiae partis* doveva prestare la terza parte della somma del mutuo, come pena del ritardo processuale, era assai più vantaggiosa al creditore del mutuo, di quanto fosse stato il supporre artificialmente il negozio del mutuo nella figura del deposito. Secondo l'opinione del Niemeyer per ogni mutuo da Papiniano in poi si sarebbe agito con l'*actio depositi*, il che avrebbe dato luogo ad una strana confusione Con tali argomentazioni non si può eliminare il fatto, che i Romani conoscevano la speciale figura del *depositum irregulare*. Essa è riconosciuta anche dal Trib. Imp., vol. XII, pag. 85. Cfr. ancora Schirmer nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXVIII, pag. 34; Brukner nella *Rivista critica trimestrale*, vol. XXXIV, pag. 56. Una via media segue il Mitteis, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, Parte romanistica, volume XIX, pag. 209. Il Cod. civ. germ., § 700 vuole che si applichino le disposizioni riguardanti il mutuo. Nondimeno il tempo ed il luogo della restituzione si devono nel dubbio determinare secondo le norme sul contratto di custodia.

(3) In Roma la diversità intrinseca del mutuo o del *depositum irregulare* risaltava in parte in altri principii giuridici, diversi da quelli attualmente vigenti: *a*) Gl'interessi promessi senza forma e gl'interessi moratori potevano bensì reclamarsi nel *depositum irregulare*, ma non già nel mutuo: fr. 25, § 1; fr. 26, § 1; fr. 28, fr. 29, § 1, D. *h. t.*, 16, 3; c. 4, Cod. *h. t.*, 4, 34 [fr. 25, § 1, fr. 26, § 1, fr. 29, § 1, riportati alla nota precedente; fr. 28, cit., riportato al § 29, nota 9; c. 4, Cod. cit., riportata al § 29, nota 17]; *b*) La condanna derivante dal *depositum irregulare* portava seco l'infamia, non già quella derivante dal mutuo; questo era però caratterizzato dalla *sponsio tertiae partis*; *c*) Secondo il diritto comune, la compensazione e la ritenzione sono escluse di fronte ad un *depositum irregulare*; però le Banche, che accettano depositi di danaro, sogliono eliminare con apposite clausole questa esclusione. Diversamente anche il Mitteis, *loc. cit.*,

Se vien depositato danaro, senza che venga chiuso, il deposito si considera di regola come deposito di somma, cioè irregolare (4-5-6).

---

pag. 211. riguardo al deposito fruttifero; *d)* Nei depositi di danaro incombe al depositario una resa di conti, la quale non può essere richiesta da un debitore di mutuo; *e)* La ripetizione del mutuo, secondo le leggi particolari degli Stati confederati, si fa dipendere spesso da termini stabiliti nelle intimazioni, i quali non esistono pei depositi di danaro. Cfr. in generale REATZ, *loc. cit.*, pag. 542; *f)* Gli interessi d'un mutuo di danaro, secondo il diritto moderno, devono essere spediti al creditore, quelli di depositi di danaro devono essere rilevati presso il depositario.

(4) Ciò viene già rilevato da ALFENO nel fr. 31, D. *locati*, 19, 2 [riportato sopra alla nota 2]. Una contraddizione col fr. 34 pr., D. *de auro*, 34, 2 non deve ammettersi [Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori « suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei debe- « retur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS. « hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: « ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum quod ei deberetur ex stipu- « latu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod « suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si « aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud « aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit manet tamen eius qui dedit « et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo per- « ducimur, ut nihil minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non « tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus « dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse « videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem »]. Cfr. anche SEUFFERT, *Archivio*, vol. LII, n. 231. La regola si giustifica per la « fluidità » del danaro, e non vale punto per tutte le cose fungibili ed in particolare pei titoli al portatore. Se dunque un banchiere dichiara di ritenere « in deposito » per il suo cliente delle cose da lui medesimo procurate come commissionario, dopo che gli saranno consegnate, egli si obbliga a custodirle come deposito regolare. Egli è reo di dolo se ciò trascuri. Non si richiede necessariamente, che abbia comunicato al suo cliente i « numeri » delle cose stesse, per dimostrare particolarmente che volesse individualmente custodirle. A torto il Trib. Imp. comm., vol. XIX, pag. 73, — cfr. anche vol. XVI, pag. 207 — attribuiva un peso decisivo a tale circostanza; più esattamente il Trib. Imp., vol. V, pag. 1. Cfr. anche Legge imperiale del 5 luglio 1896, riguardante gli obblighi dei commercianti nella custodia di carte-valori. Il Cod. civ. germ., § 700, capov. 2°, richiede nel deposito di carte-valori una convenzione espressa, se debba trattarsi di un deposito irregolare.

(5) Sulla conversione di un *depositum regulare* in un *depositum irregulare*, cfr. fr. 29, § 1, D. *h. t.*, 16, 3; vedi però anche fr. 9, § 9; fr. 10, D. *de rebus creditis*, 12, 1 [fr. 29, § 1, cit., riportato alla nota 2; fr. 9, § 9 cit.: « Deposui « apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam, mo- « veantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Mar- « cello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui « mutuam rogavit et poterit ei condici »; fr. 10, cit.: « Quod si ab initio, cum « deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, « quoniam debitu iri non est certum »]. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 700.

(6) Su d'una specie particolare, cioè sul cosiddetto deposito collettivo, cfr. vol. I, § 210, nota 5.

2. Il sequestro (7) si ha nel deposito fatto da più persone, con la convenzione, che la cosa depositata, secondo determinati eventi futuri, dovrà essere restituita all'uno od all'altro (8). Insieme con lo scopo della custodia qui si congiunge quello di sottrarre la cosa alla disposizione dei deponenti, sino alla risoluzione dei previsti eventi.

Il sequestratario diviene perciò possessore giuridico (9).

Il sequestro ha luogo ora volontariamente per opera delle parti; ora in via forzata.

Spesso il sequestratario riceve anche delle facoltà amministrative. Allora egli non è solo depositario, ma mandatario (10).

---

(7) MUTHER, *Il sequestro e l'arresto* [Die Sequestration und der Arrest], 1856, tratta precipuamente la parte processuale e storica; VOIGT, *Il possesso nel sequestro* [Besitz des Sequesters], 1885; SERG. v. NIKONOFF, *La teoria del sequestro* [Die Lehre von der Sequestration], 1894. Il Cod. civ. germ. non menziona il sequestro.

(8) Fr. 6, D. *h. t.*, 16. 3; PAULUS, libro 2, *ad edictum*: « Proprie autem in « sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custo- « diendum reddendumque traditur ». Il caso principale è quello di una « *controversia* »; fr. 17 pr., D. *h. t.*, 16, 3 [« Licet deponere tam plures quam unus pos- « sunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id « fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. itaque hoc casu in solidum unus « quisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures depo- « nunt »]. Un altro caso trovasi menzionato nel fr. 39, D. *de solutionibus*, 46, 3; cfr. inoltre fr. 5, D. *fam. erc.*, 10, 2 [fr. 39, cit., rip. al § 32, nota 6; fr. 5, cit.: « Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet ut apud eum « maneant, qui maiore ex parte heres sit, ceteri descriptum et recognitum faciant, « cautione interposita, ut, cum heres exegerit, ipsae exhibeantur. si omnes isdem « ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, « sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud « quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent »]. Esisteva una particolare « *sequestraria depositi actio* », intorno alla quale cfr. nel LENEL, *Edictum*, pag. 231, maggiori particolari.

(9) Cfr. vol. I, § 173, nota 5.

(10) Cfr. fr. 9, § 3, D. *de dolo malo*, 4, 3 [« Labeo libro trigensimo septimo « posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum « deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos « deiudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam « neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta con- « dicione depositionis de dolo adversus Titium agendum. sed Pomponius libro « vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is « solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur »].

Capitolo II.

I contratti consensuali.

I. — *Vendita e permuta.*

§ 94. — Concetto. Conclusione del contratto di vendita (1).

I. La circolazione dei beni nell'umana società avviene di preferenza mediante la vendita, che è lo scambio di merci contro danaro. La permuta, nella quale ha luogo lo scambio di merci contro merci, ha accanto a quella solo un valore subordinato (2).

Mediante la vendita passano di continuo dall' una all' altra mano i beni necessari, utili e superflui, parte per essere consumati, cioè per l'immediato consumo e godimento, parte per essere di nuovo alienati, caso principale dei negozi di commercio. Vengono venduti i beni d'ogni specie, che l'uomo apprezza, e che ammettono una trasmissione. È pur sempre di maggiore importanza la vendita di cose corporee; da essa deve anche procedere la teoria della vendita.

L'epoca più antica si accontentava della vendita manuale, cioè dello scambio della merce contro danaro, da mano a mano. Ancora oggi questo negozio è assai frequente, particolarmente nel commercio minuto (3). Ma nei negozi circa oggetti di maggiore rilievo, si concludono

---

(1) Treitschke, *Il contratto di vendita in particolar riguardo al traffico di merci* [Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel], 1838, seconda edizione curata dal Wengler, 1865; Bechmann, *La compravendita secondo il diritto comune* [Der Kauf nach gemeinem Recht], vol. I, 1876; vol. II, parte I, 1884, opera assai più vasta e profonda.

(2) Cfr. su di ciò più sotto nota 20.

(3) Il Brinz, chiama questo negozio « vendita reale », vol. II, § 325, « vendita naturale » il Bechmann, *loc. cit.*, vol. I, il quale dalla pag. 47 in poi procede ad una profonda disamina di essa. Noi preferiamo il nome di « vendita manuale ». Essa costituisce un' altra specie di negozio, differente dal contratto di vendita. Perciò se il venditore agisca pel pagamento del prezzo della merce fornita in base ad un contratto di vendita, ed il compratore opponga essersi trattato di una vendita manuale, nella quale la merce venne scambiata immediatamente contro danaro, si ha qui l' impugnativa del fondamento stesso dell' azione. La condanna del compratore sarà quindi prematura, quando egli pur ammettendo di aver ritirato la merce, non prova da parte sua il pagamento del prezzo. Altrimenti i compratori in ogni caso di vendita manuale dovrebbero farsi rilasciare quietanza del pagamento del prezzo, il che non è usuale e non sarebbe pratico. Viceversa l' attore deve provare che nel fatto si convenne un contratto di vendita, prima che all' altra parte incomba la prova del pagamento del prezzo. Così particolarmente il Baehr, *Sentenze del Trib. Imp.* [Urtheile des R. G.], pag. 35, cfr. Trib. Imp. comm., vol. XVI, pag. 158.

il più delle volte contratti di vendita, che consistono nell'assunzione di reciproche obbligazioni riguardanti la merce ed il prezzo (4). Questo contratto chiamano i Romani di preferenza *emptio venditio*. Alle sue norme soggiacciono anche le vendite manuali, riguardo alla prestazione della garanzia, che incombe al venditore.

II. Il contratto di vendita di cose corporee impone al venditore la tradizione della cosa in durevole dominio, ed obbliga il compratore al pagamento del prezzo (5).

Tale contratto è di conseguenza il primo gradino verso l'acquisto della cosa da parte del compratore. Ma è inesatto, di veder già nel contratto di vendita una alienazione (6). Invece tale alienazione della cosa avviene solo per mezzo della tradizione di essa.

---

(4) PERNICE, *Labeone*, vol. I, pag. 457, espone come il contratto di vendita si sviluppò dalla compravendita reale, e come « in conseguenza di ciò restino ad esso tuttora aderenti dei resti dello sviluppo percorso ». Cfr. PETRAŽYCKI, *Il reddito*, vol. II, pag. 42.

(5) Fr. 11, § 2, D. *de act. emp. ven.*, 19, 1. ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, « si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum « evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo « nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur ». Un contratto con cui si stabilisca che l'accipiente della cosa non ne diventi proprietario, non è contratto di vendita. fr. 80, § 3, D. *de contr. empt.*, 18, 1. [« Nemo « potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem « transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus »]. Ma anche quel negozio nel quale davasi del danaro, « ut mihi Stichum dares », per divenirne proprietario, non era considerato dai Romani come vendita. fr. 16, D. *de cond. c. d.*, 12, 4 [« Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus « genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est « quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus « est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge « alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam « potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et « pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam « repetere possim »]. Come ciò non possa trovare applicazione nel diritto comune, cfr. BECHMANN, pag. 72, ECK, *L' obbligazione del venditore alla trasmissione della proprietà* [Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums], 1874. Il Cod. civ. germ., § 433, dispone: « Mediante il contratto di vendita il venditore di una cosa diviene obbligato a consegnare al compratore la cosa ed a procurargli la proprietà di essa. Il compratore è obbligato a pagare al venditore il prezzo convenuto, ed a ritirare la cosa comprata ».

(6) Molti dei moderni considerano la dichiarazione di vendita come una alienazione « tra i paciscenti ». Così il WINDSCHEID, vol. II, § 390, nota 3; BERNHÖFT, negli *Annali di* IHERING, vol. XIV, n. 3. In particolare il WINDSCHEID, vol. II, § 389, nota 2, trova « che la dichiarazione di vendita non possa essere concepita come diretta in prima linea a generare una obbligazione, ma che piuttosto il più prossimo contenuto di essa sia, che il compratore debba avere la cosa, e

Si richiedono necessariamente per la vendita la merce e il prezzo (7). Se le parti sono d'accordo in ambedue i requisiti, la vendita è conclusa, presupposto che esse non abbiano reso dipendente da altri punti il loro accordo.

1. In più stretto senso diconsi merci solo le cose mobili (8), ma in senso più lato tutti i valori, che vengono venduti (9).

Possono vendersi le cose corporee, così immobili che mobili, ed inoltre i diritti. In particolare vengono venduti i diritti di credito. Inoltre la costituzione di diritti reali, che importano un vantaggio, e la trasmissione

---

che solo allora risulti una obbligazione dalla dichiarazione del contratto, quando il reale stato delle cose non corrisponda ad essa ». Eppure il compratore che s'immette di proprio arbitrio nel possesso della cosa comprata è un *praedo* ! Cfr. fr. 5, D. *de a. v. a. p.*, 41, 2, riportata al vol. 1, § 216, nota 4. [fr. 5, D. cit.: « Si « ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nanctus « fueris possessionem, praedo es : aeque si vendidero, nec tradidero rem, si non « voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo « es »]. Mal s' accorda anche con la teoria del Windscheid, che si possano vendere le cose altrui non meno che le proprie. Contro il concetto di lui cfr. il fr. 67 pr., D. *de V. S.*, 50, 16. [« ' Alienatum ' non proprie dicitur, quod adhuc « in dominio venditoris manet: ' venditum ' tamen recte dicetur »]. KÖPPEN, negli *Annali dello* IHERING, vol. XI, pag. 391, nota 497; KARLOWA, *Negozio giuridico* [Rechtsgeschäft], pag. 212; BECHMANN, vol. I, pag. 613; PUNTSCHART, *I rapporti giuridici fondamentali* [Die fundamentalen Rechtsverhältnisse], pag. 14.

(7) Pr. I. *h. t.*, 3, 23, fr. 9, D. *de c. e.* 18, 1 [pr., Inst., 3, 23 cit.: « Emptio « et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pre- « tium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine « datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem « de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, optinere oportet: « nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae « scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem con- « stituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria « contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, « si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus abso- « luta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor « vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis « concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum : hoc etenim sub- « secuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat « adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, « duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est ». [fr. 9 cit.: « In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum « sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imper- « fecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te « vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. « idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti : nam « cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem »].

(8) Fr. 66, D. *de V. S.*, 50, 16, cfr. BECHMANN, vol. I, pag. 35. [fr. cit.: « ' Mercis ' appellatio ad res mobiles tantum pertinet »].

(9) Sull'oggetto della vendita cfr. BECHMANN, vol. II, pag. 117.

di essi, finchè siano in generale alienabili, possono avvenire nella forma della vendita. Anche i diritti industriali, particolarmente i diritti di privativa e d'autore, possono essere oggetto di vendita. Ed ha luogo persino la vendita di valori, che non costituiscono un diritto particolare, per esempio di un traffico, di una clientela, di un segreto. Perchè non si dovrebbe trattare tali negozi, per quanto è possibile, con le regole della vendita, secondo l'intenzione dei contraenti? (10).

Un complesso di beni patrimoniali, per es. una eredità (11), le università di cose, per es. una biblioteca, come anche una pluralità di oggetti arbitrariamente uniti insieme, possono essere venduti come unità.

È ammissibile anche la vendita di cose future, e particolarmente di frutti futuri (12). Il prezzo della vendita deve per questi pagarsi, solo quando realmente vengono in esistenza (13).

Assai diversa è la vendita della speranza, per es. di una retata. Qui l'equivalente del prezzo è l'alea — *alea* —. Il negozio è incondizionato, ed il prezzo deve perciò pagarsi anche se viene a fallire del tutto la speranza di un prodotto (14).

---

(10) D'altra opinione è il Bechmann, *loc. cit.*

(11) Fr. 7 sqq., D. *de hered. vel act.* 18, 4. [fr. 7 cit.: « Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut « in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et « ideo pretium condicetur ». fr. 8 cit.: « Quod si nulla hereditas ad venditorem « pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est « quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si « nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem « impensum est emptor a venditore consequatur et si quid emptoris interest »].

(12) Di tale vendita parla il fr. 8 pr., D. *de contr. empt.*, 18, 1. Pomponius, libro 9, *ad Sabinum*: « Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest « intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset « partus, iam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: « sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse ». Come vendita di cosa futura è valida, tra l'altro, la vendita di trecce di capelli non ancora separate dal capo. Ma è inammessibile una coazione a farle recidere, poichè niuno si può giuridicamente obbligare a tollerare un tale attentato alla propria personalità.

(13) Il prezzo della vendita deve di regola in tali negozi pagarsi per intero, se pur si ottenga solo una quantità scarsissima della cosa sperata, al modo stesso che nessun aumento riceve, nel caso di una quantità straordinariamente maggiore. Ma dalla lettera e dallo spirito del contratto può risultare qualcosa di diverso. D'altra opinione però Federico Endemann, *La teoria della « emptio spei » e « rei speratae »* [Die Lehre von der *e. s.* und *r. s.*], nella *Rivista di* Grünhut, vol. XII, n. 6, inoltre E. Braun, *Le regole della vendita trovano applicazione alla « emptio spei »?* [Finden die Grundsätze des Kaufs auf die *e. s.* Anwendung?], 1896.

(14) Nel fr. 8, § 1, D. *de contr. empt.*, 18, 1, Pomponio — cfr. sopra nota 12 — prosegue: « Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi

Se la cosa non esiste più al momento della vendita, ovvero è distrutta nella sua sostanza, la vendita non viene in essere. Se la cosa è soltanto deteriorata, il prezzo dev'essere proporzionalmente diminuito (15). Questi principii soffrono però modificazioni, nel caso del dolo o anche della colpa imputabile di uno dei contraenti (16).

Valida senza dubbio è la vendita di cose altrui. Il venditore è obbli-

---

« alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur : « emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est : et quod « missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex « emptio obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur ». Se Pomponio qui parla di una *emptio* « *sine re* », tale espressione di molteplici significati denota « una vendita senza un oggetto corporeo palpabile ». Infatti che per la vendita sia necessario un oggetto è per lui evidente. Come tale egli tratta perciò l'alea. Il Bechmann all' incontro, *loc. cit.*, pag. 143, considera tali negozi come vendite di cose, poichè egli riguarda come oggetto della vendita la cosa che potrà essere guadagnata. Ma però una vendita deve sussistere anche quando nulla venga guadagnato ! L'opinione del Bechmann è condivisa da Federico Endemann nella monografia citata sopra alla nota 13. Veggasi ivi lo sviluppo storico-dommatico. Il Cod. civ germ., non tratta in particolare la vendita di cose future e la vendita della speranza.

(15) Fr. 15 pr., *de contr. empt.*, 18, 1. Paulus, libro 5, *ad Sabinum* : « Et si « consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse « desierit, nulla emptio est ». fr. 57 pr., D. *de contr. empt.*, 18, 1. Paulus, libro 5, *ad Plautium* : « Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam « ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecu- « niamque solutam condici posse aiunt, sed si pars domus maneret, Neratius ait « hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta (sit, « quanta) permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non com- « pellatur emptor perficere emptionem....: sin vero vel dimidia pars vel minor « quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere « aestimatione viri boni arbitratu habita ». Le parole finali, per le quali la vendita è senz'altro valida, se ancora resti in piedi la metà della casa, difficilmente provengono da Paolo stesso.

(16) Cfr. pel diritto romano fr. 57, §§ 1 sqq., D. *h. t.* [« Sin autem ven- « ditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam « venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit : si vero quan- « tacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori « quod interest restituere. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi « emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat : et hic enim oportet et ven- « ditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, « solvi vel si solutum sit, non repeti. Quod si uterque sciebat et emptor et ven- « ditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter « utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo « ex utraque parte veniente stare non concedente »]. Riguardo al diritto comune si devono anche prendere in considerazione i principii sulla *culpa in contrahendo*. Nondimeno il compratore non ha alcuna pretesa, quando la cosa comprata fosse perita prima della vendita, senza che il venditore sapesse o dovesse sapere ciò.

gato a procacciarle, e se ciò non gli è possibile, ad indennizzarne il compratore (17).

Una specie di vendita particolarmente importante per il commercio moderno, e per più rispetti caratteristica, è la vendita di cose generiche, per es., di quantità di caffè, zucchero, tabacco. Ma dai Romani le vere vendite di cose generiche non erano conosciute. Essi consideravano come oggetti della vendita solo cose individue, o quantità da prendersi da determinate masse. Invece di contratti di vendita di cose generiche, si servivano delle stipulazioni (18).

I servigi ed i lavori non vengono venduti, ma locati (19).

2. Il prezzo della vendita deve consistere in danaro (20). Prima

---

(17) Fr. 28. D. *de c. e.*, 18, 1. ULPIANUS, libro 41, *ad Sabinum* : « Rem alienam « distrahere quem posse nulla dubitatio est : nam emptio est et venditio : sed res « emptori auferri potest ». KOHLER. *Monografie* [Abhandlungen], vol. I, pag. 224; SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLIX, n. 12 (Trib. Imp.). Però la vendita è nulla, quando le parti conoscono che la cosa comprata sia una *res furtiva*. Fr. 34, § 3, D. *de contr. empt.*, 18, 1 [riportato al § 20, nota 8]. Sulla vendita della cosa propria del compratore cfr. fr. 16 pr., D. *de contr. empt.* 18, 1, POMPONIUS, libro 9, *ad Sabin.*: « Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi : sed si ignorans emi, « quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit », e fr. 34. § 4. D. *eod.*, PAULUS, libro 33, *ad edictum* : « Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, « ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis « potior esset », ed infine fr 61, *eod.* [« Existimo posse me id quod meum est « sub condicione emere, quia forte speratur meum esse desinere »]. Vedi BECHMANN, vol. II, pag. 74. Cfr. anche *La responsabilità del venditore di una cosa altrui* [Haftung des Verkäufers einer fremden Sache], Dissertazione Inaug. della signora Dr. KEMPIN, Zurigo, 1887. Secondo il Cod. civ. germ., § 433 il venditore è tenuto a procurare la proprietà della cosa; da ciò non è esclusa la vendita di una cosa altrui.

(18) Che i Romani non conoscessero la vendita di cose generiche pura è a buon diritto l'opinione di molti dei recenti scrittori; cfr. segnatamente ii BRINZ, vol II, §§ 242 e 327 *b*, BECHMANN, vol. II, pag. 331, KARLOWA, *Storia del diritto romano* [Römische Rechtsgeschichte], vol. II, pag. 615 e gli scrittori ivi citati. Il Bechmann neanche per il diritto comune vuole che il negozio di fornitura, com'egli chiama la vendita di cose generiche, sia concepito come un negozio di vendita. Ma questo negozio nella pratica e nella teoria del diritto comune venne sviluppato come vendita e sottoposto alle norme della vendita, il che solo recentemente si è tentato di scuotere. È esatto solamente ciò, che i principii della vendita di cose specifiche non possono applicarsi senza modificazioni alla vendita di cose generiche; ma ciò non può mettere in dubbio il principio in generale. Secondo il Cod. civ. germ., non sussiste alcun dubbio al riguardo.

(19) Circa i confini tra la vendita e la *locatio conductio operis*, vedi più giù § 113, nota 9.

(20) I Sabiniani cercavano di far rientrare la permuta di merci contro merci sotto il concetto della vendita, ma prevalse l'opinione opposta dei Proculiani. fr. 1, § 1, D. *de c. e.*, 18, 1 PAULUS, libro 33, *ad edictum* : « Sed an sine nummis « venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam « acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant : Nerva

s'insegnava spesso che esso dovesse essere determinato — *certum* —, corrispondente al valore della cosa — *iustum* —, e vero — *verum* —. Ciò è però in parte inesatto, in parte non dice nulla.

a) In Roma era invero antico tradizionale requisito dell'azione di vendita, che il prezzo fosse determinato. Nondimeno per sodisfare ai bisogni del commercio, sin dall'epoca classica, si applicava quel principio in maniera assai comoda. Pel diritto comune non è più necessario che il prezzo sia determinato (21), ma solo

---

« et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse... sed verior est Nervae « et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius « venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non « potest, uter emptor, uter venditor sit ». Cfr. fr. 1, D. *de rer. perm.*, 19, 4; Gai, *Inst.*, III, § 141; § 2, I. *de empt.*, 3, 23; Bechnann, vol. I, pag. 4. [Fr. 1 cit., rip. § 103, nota 6 e 2; § 7, note 15 e 16; Gai, § 141 cit.: « Item pretium » in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse « possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, « valde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere « pretium; unde illud est quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem « et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam « esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero qui aliqua parte sic hait:

ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δε ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσι
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

« Diversae scholae auctores dissentiunt, aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem: alioquin non posse rem expe- « diri permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data « esse; sed rursus utramque videri et venisse et utramque pretii datam esse « absurdum videri. Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti « fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri « venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur »]. Anche il danaro può essere « comperato », e sopratutto il danaro che non è valuta, e cioè la moneta estera o la carta-moneta. Cfr. Flesch, negli *Annali di* Ihering, vol. XIX, n. 7; Riesser, vol. XX, n. 5.

(21) Cfr. il mio *Diritto privato prussiano* [Preussisches Privatrecht], vol. II, § 135; Fels, *Il « pretium certum »*, 1878; Bechmann, vol. II, pag. 338, Trib. Imp., in cause penali, vol. XXIII, pag. 399. Io ho tentato, al luogo citato, di spiegare storicamente il requisito romano, prendendo le mosse da ciò, che l'essere i contratti non formali forniti di azione, ed in particolare anche la vendita, costituiva una eccezione, la quale non facilmente e non senza opposizione può aver trovato ingresso in Roma. Io ritenevo che il requisito del *pretium certum* fosse solamente una concessione verso la teoria contraria ad ammettere l'azione nei contratti nudi. Il Bechmann, *loc. cit*, ritiene questa spiegazione come del tutto indimostrabile. Certo a ragione, se egli desidera delle testimonianze contemporanee intorno alla successione dei fatti. Ma si tratta invece di una induzione. Nell' epoca imperiale il requisito del *pretium certum* si trattava in modo puramente esteriore. Si vegga l'argomentazione di Ulpiano, libro 28, *ad Sabinum*, fr. 7, § 1, D. *h. t.*, 18, 1. « Huius- « modi emptio 'quanti tu eum emisti', 'quantum pretii in arca habeo', valet:

che sia determinabile, non altrimenti che negli altri negozi obbligatori (22).

b) Uguale al valore della cosa — *iustum* — non è necessario che sia il prezzo. Invece si può vendere più caro e comprare a buon mercato. Vi è libertà nel contrattare (23-24).

c) Il prezzo della vendita dev'essere stato seriamente promesso, altrimenti non vi ha compravendita (25). Ciò non riposa su di una particolarità di questo negozio, ma piuttosto corrisponde ai principii generali sui negozi simulati.

« nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est ». Qui una buona causa viene difesa con argomenti sfilati. Che debba infatti bastare che il prezzo sia obiettivamente certo, ciò rende il requisito del prezzo « determinato » una pura curiosità. Quindi Ulpiano nel § 2 continua: « Si quis ita emerit: ' est mihi « fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero ', valet venditio et « statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, « si pluris emptor fundum vendiderit ». In questo caso il prezzo non è nemmeno obiettivamente determinato, anzi rispetto al suo ammontare è obiettivamente e subiettivamente incerto. Nondimeno il contratto viene di nuovo, per una ragione cavillosa, ma però assai opportunamente, dichiarato valido. Ma così si procede solo quando si tratti di principii tramandati dalla tradizione storica, il cui originario valore si è dileguato dinanzi alla coscienza giuridica. Se ci si trasporta in quei tempi, in cui si faceva ancora questione, se un contratto non formale dovesse avere l'azione, l'obiezione che immancabilmente sorgeva era l'incertezza, che per siffatte convenzioni non formali poteva regnare riguardo alla questione della reale conclusione di esse. A questa difficoltà si potè ovviare, col richiedere per l'azione del contratto consensuale che almeno la cosa oggetto della vendita e particolarmente il prezzo fossero esattamente determinati. — Del resto sia ciò come si voglia; la cosa principale è il riconoscere, che le relative decisioni dei giuristi romani non riposano sull'essenza del contratto di vendita, ma sono condizionate ad eventualità storiche, e che in conseguenza della generale azionabilità dei contratti, hanno perduto ogni valore pratico.

(22) Cfr. più sopra § 15. Riguardo al giudizio dei terzi, vedi ivi nota 6; riguardo al caso in cui la determinazione del prezzo sia affidata ad uno dei contraenti, vedi nota 7.

(23) Fr. 22, § 3, D. *locati*, 19, 2. Paulus, libro 34, *ad edictum*: « Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris « emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita « in locationibus quoque et conductionibus iuris est ». Circa la limitazione di questa regola nel caso di lesione oltre la metà, vedi più sotto § 102.

(24) Secondo l'ordinamento di polizia del 1548 e del 1571, tit. 19, la vendita delle messi non ancora mietute era valida solo, se si fosse convenuto il prezzo del mercato di esse, e propriamente o quello del tempo della conclusione del contratto, o quello del quindicesimo giorno dopo la mietitura.

(25) Fr. 36, fr. 38, D. *de c. e.*, 18, 1. Ulpianus, libro 7, *disputationum*: « Si « quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in « totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa « facta est: [quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium « non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem

§ 95. — Specie dei contratti di vendita. Contratti accessori.

1. Devono distinguersi i contratti di vendita a contanti, a credito e a pagamento anticipato.

Nella vendita a contanti devono consegnarsi simultaneamente merci e prezzo, da mano a mano. Essa costituisce la regola. Nella vendita a credito il venditore accredita il prezzo, dimodochè egli deve precedentemente consegnare la merce. Nella vendita a pagamento anticipato infine, si conviene che il pagamento del prezzo abbia luogo prima della consegna della merce.

Una particolare specie della vendita a credito sono i negozi con facilitazione di pagamento, cioè quei negozi di vendita riguardo ad una cosa mobile, nei quali la merce viene subito consegnata, ma il prezzo deve essere corrisposto in pagamenti parziali. Tali negozi, assai frequenti nel commercio moderno, per rendere possibile l'acquisto di cose mobili alle classi povere di capitale, si prestano facilmente allo sfruttamento dei compratori. Contro di ciò è diretta la legge imperiale del 16 maggio 1894 (1).

2. Si ha la vendita a tempo quando sia convenuto un termine od una dilazione per la consegna della merce. Tale vendita può essere, o non, a contanti. Si parla di vendita a giorno, quando non sia convenuto un termine per la consegna della merce.

3. Al commercio moderno appartiene la vendita cosiddetta a spedizione o a distanza (2). Vale essa di regola come avuta in mira, quando persone d'altro paese commettono delle merci a commercianti.

Qui il luogo dell'adempimento è diverso dal luogo di destinazione. Il luogo dell'adempimento è propriamente di regola presso il venditore, nel suo domicilio commerciale, o nella sua residenza, o nel luogo dov'è situata la merce. Ma il venditore deve, in tali negozi, spedire la merce, a rischio e spese del compratore, ad un altro luogo, per es. alla residenza del compratore.

Diverso alquanto è il concetto della vendita a distanza quando la merce viene spedita da altro paese al compratore, ma il luogo dell'adempimento è presso il compratore.

4. I seguenti negozi hanno tra loro analogia di nome, ma non di sostanza.

« donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est »]; [fr. 36 cit.: « Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non « videtur vendere »].

(1) Cfr. specialmente più giù § 95, nota 22.

(2) Cfr. il mio *Diritto civile* [Bürgerliches Recht], vol. II, Parte II.

a) La vendita « a prova », od « a vista », è condizionata all'approvazione della merce da parte del compratore (3). La condizione può essere sospensiva o risolutiva (4). Nel dubbio essa è sospensiva (5). La dichiarazione del compratore è di regola libera, dipendente dal suo piacimento (6), ma può essere stata intesa anche come una dichiarazione *boni viri* (7), talchè può essere invocata su di essa

---

(3) Cfr. vol. I, § 108. Ivi alla nota 1 viene citata la più importante bibliografia sulla vendita a prova.

(4) § 4, I. *de empt. vend.*, 3, 23, riportato al vol. I, § 108, nota 3; fr. 20, § 1, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5; fr. 6, D. *de resc. vend.*, 18, 5 [§ 4, *Inst.* cit.: « Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione « veluti ' si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot ' » ; fr. 20 cit.: « Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, « si placuissent, emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, « deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset « praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait Mela inte- « resse. utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, « si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem « perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta « esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari ». fr. 6 cit.: « Si con- « venit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex « empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur »].

(5) Cfr. Cod. civ. germ., § 495, cap. 1°, periodo 2°. [« La vendita è nel dubbio conchiusa sotto la condizione sospensiva dell'approvazione »].

(6) D'altra opinione è l'UNGER, nella *Rivista di* GOLDSCHMIDT, vol. III, pag. 407, però senza fondamento: vedi ora lo stesso UNGER, negli *Annali di* IHERING, vol. XXV, n. 6. Cfr. FITTING, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. XLVI, pag. 254, Codice civ. germ., § 495, cap. 1°, periodo 1°.

(7) Di tal sorta era la clausola della *degustatio*, solita nel commercio vinicolo romano, per mezzo della quale si constatava che il vino non avesse subìto alterazioni. CATO, *De re rustica*, cap. 149; fr. 1 pr., fr. 4 pr., § 1, fr. 16, D. *de per. et comm.*, 18, 6, fr. 34, § 5, D. *de c. e.*, 18, 1. [CATO, § 149 cit.: « Vinum « in doliis hoc modo venire oportet. Vini in culleos singulos quadragenae et singulae « urnae dabuntur, quod neque aceat, neque muceat, id dabitur. In triduo proximo, « viri boni arbitratu, degustato. Si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. Quot « dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori « procedent. Vinum accipito ante K. Jan. primas. Si non ante acceperit, dominus « vinum admetietur. Quod admensum erit, pro eo dominus resolvito. Si emptor « postularit, dominus iusiurandum dabit, verum fecisse. Locus vinis ad K. Octobres « primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet.... »; fr. 1 cit.: « Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris « erit damnum. quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua « alia ex causa. sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum susti- « nebit, quoad se subiecit: quod si non designavit tempus, eatenus periculum susti- « nere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum « fuerit degustatum. aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus « sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit. sed si nondum « sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus, « adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit »; fr. 4 pr., § 1 cit.: « Si

la decisione del magistrato. Può esservi un termine per la dichiarazione, convenuto, ovvero di uso locale; se tale non è il caso, il compratore deve, dopo un congruo spazio di tempo, dichiararsi subito a richiesta del venditore (8). La mancanza di dichiarazione in tempo debito si considera come approvazione, se la merce è stata consegnata, come disapprovazione, se la merce non è stata consegnata (9-10).

« quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum praeteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet, an vero etiam die praeterito (ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat), an vero magis emptio sit soluta (quasi sub condicione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata)? et interterit, quid actum sit: ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est. Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit: dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit ». fr. 16 cit.: « Si vina quae in doliis erant venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emptori: quod si nihil adfirmavit, emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se quaeri debet. plane si, cum intellegeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad in eum diem quo tolli deberent, non admonuit emptorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse ». fr. 34, § 5 cit.: « Alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur »]. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Riv. pel dir. comm.*, vol. I, pag. 73; WINDSCHEID, vol. II, § 387, nota 6, e gli altri scrittori ivi citati.

(8) Cfr. Cod. civ. germ., § 496, 1° periodo. [« L'approvazione di un oggetto comperato a prova od a vista può esser dichiarata solo entro il termine convenuto, od, in mancanza di questo, sino al decorso di un congruo termine assegnato dal venditore al compratore »].

(9) Cfr. Cod. civ. germ., § 496, periodo 2°: [« Se la cosa era stata trasmessa al compratore allo scopo della prova o della ispezione, il suo silenzio si considera come approvazione »]. — La teoria romanistica dominante concedeva nelle condizioni risolutive a prova un termine di 60 giorni. Essa si appoggiava al fr. 31, §§ 22 sqq. D. *de aed. ed.*, 21, 1 [fr. 31 cit.: « Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra prefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur: si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accomodatur emptori ad redhibendum, ultra non. si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium dabitur: in causae autem cognitione hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit presens cui redderetur, aut aliqua iusta causa intercessit, cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat. In his autem actionibus eadem erunt observanda, quae de partu fructibus accessionibus quaeque de mortuo

b) La vendita « secondo la prova » (11) è condizionata. Essa contiene la promessa di una merce che corrisponda alla prova.

Il compratore, che contesta la conformità al campione della merce consegnata, è obbligato a presentare il campione. Se tale presentazione non avviene, senza giustificato motivo, egli deve dimostrare la mancanza di conformità (12).

c) Nella vendita « per la prova » il compratore pone in vista altre commissioni da fare, nel caso che la merce gli piaccia. Ciò non ha importanza giuridica (13).

5. I seguenti contratti accessori generano obbligazioni personali tra i contraenti:

a) il patto di ricompera dal compratore da parte del venditore, o di rivendita al venditore da parte del compratore (14). In man-

« redhibendo dicta sunt »]. Ma il WINDSCHEID, vol. II, § 387, nota 7, ha riferito queste decisioni a quei casi, in cui le parti abbiano convenuto il diritto di recedere dal contratto, secondo le regole dell'editto edilizio, il che risulta dalla espressione « *redhibeatur* » adoperata dalle parti medesime. Bisogna associarsi a tale opinione.

(10) Per ciò che riguarda il rischio, s' intende da sè, che nella condizione sospensiva il perimento fortuito della cosa è a carico del venditore, poichè il negozio condizionato non può più essere perfezionato dopo il perimento dell'oggetto; ma è anche a suo carico il deterioramento fortuito, perchè il compratore malgrado di esso può ancora recedere. Per la colpa il compratore è responsabile durante la pendenza. Ma è assai controverso il rischio, quando la condizione sia risolutiva. L'opinione esatta è, che la condizione della risoluzione non più si può perfezionare, se la cosa sia di già perita. Ciò deriva dai principii generali sulla condizione. Nondimeno il WINDSCHEID, vol. II, § 387, nota 10, è di altra opinione.

(11) CROPP, in HEISE e CROPP, *Monografie* [Abhandlungen], vol. I, n. 13. Cod. civ. germ., § 494: [« Nella vendita secondo la prova, o secondo il campione, le qualità della prova o del campione devono riguardarsi come promesse »].

(12) Trib. Imp. comm., vol. XII, pag. 118; vol. XX, pag. 62.

(13) Se sia stata conchiusa una vendita per la prova o invece una vendita a prova, è del resto questione d'interpretazione, che non va per nulla giudicata soltanto secondo i termini adoperati dalle parti. Trib. Imp. comm., vol. II, pag. 186.

(14) Fr. 12, D. *de praescr. verb.*, 19, 5; c. 2, Cod. *de pact. inter emptor et vend.*, 4, 54; c. 7 *eod.* [fr. 12 cit.: « Si vir uxori suae fundos vendidit et in vendi- « tione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos « fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo « iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum »; c. 2 cit.: « Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum « emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, « teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus « fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione « eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium « pervenerunt »; c. 7 cit.: « Si a te comparavit is cuius meministi et convenit, « ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta, remitti « hanc conventionem rescipto nostro non iure petis, sed si se subtrahat, ut iure

canza di altra convenzione è decisivo per il nuovo negozio il prezzo precedente;

b) la riserva della prelazione, per la quale il compratore, se vuol vendere la cosa, deve, dietro richiesta del suo venditore, rila-

---

« dominii eandem rem retineat, denuntiationis et obsignationis depositionisque « remedio contra fraudem potes iuri tuo consulere »]. W. Schütze, *Sul significato, sull'efficacia e sul reciproco rapporto del « pactum de retrovendendo », del « pactum de retroemendo » e del « pactum displicentiae » nella compravendita* [Ueber die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältniss des *p. d. r. vend.*, des *p. d. r. em.* und des *p. d.* beim Kauf]. Diss. Univ. di Rostock, 1899. Le ricompere o negozi di ricompera vengono il più delle volte conchiusi, perchè il venditore si trova in bisogno di danaro, e vuole procurarselo mediante la vendita, ma si abbandona alla speranza di avere più tardi i mezzi per riacquistare quanto ha alienato. Il rivenditore ha una pretesa al risarcimento delle spese necessarie, non già delle spese utili. Cfr. fr. 25, D. *de pignerat. action.*, 13, 7: « nec talem efficere rem pigneratam ut gravis sit debitori ad recipe- « randum »; cfr. Petražycki, *Il reddito*, vol. I, pag. 311, 318 sgg. Distesamente il Cod. civ. germ., §§ 497 503. [§ 497: « Se il venditore si è riserbato nel contratto di vendita il diritto della ricompera, tale ricompera viene in essere colla dichiarazione del venditore, di fronte al compratore, di far uso del diritto di ricompera. La dichiarazione non ha bisogno della forma determinata per il contratto di compravendita. — Il prezzo, al quale si è venduto, vale nel dubbio anche per la ricompera »; § 498: « Il rivenditore è tenuto a rilasciare al ricompratore l'oggetto comprato insieme con le pertinenze di questo. — Se il rivenditore, prima dell'esercizio del diritto di ricompera, abbia colpa pel deterioramento, pel perimento o per l'impossibilità della consegna dell'oggetto comprato verificatasi per un'altra causa, ovvero abbia essenzialmente modificato l'oggetto medesimo, egli è responsabile pel danno da ciò derivato. Se l'oggetto è deteriorato senza colpa del rivenditore, o se non sia sostanzialmente mutato, il ricompratore non può pretendere una diminuzione del prezzo della vendita »; § 499: « Se il rivenditore, prima dell'esercizio del diritto della ricompera, ha disposto dell'oggetto comperato, egli è obbligato a rimuovere i diritti dei terzi con ciò costituiti. Alla disposizione del rivenditore è parificata quella che segue in via di esecuzione forzata, o nella esecuzione del sequestro, o per parte del curatore del fallimento »; § 500: « Il rivenditore, per le spese fatte sull'oggetto comperato prima della ricompera, in tanto può domandarne il rimborso, in quanto il valore dell'oggetto è stato aumentato dalle spese medesime. Gli arredamenti di cui egli abbia provvisto la cosa che deve rilasciare, possono essere da lui ripresi »; § 501: « Se come prezzo della ricompera sia convenuto il valore di stima che l'oggetto comprato avrà al tempo della ricompera, il venditore non è responsabile pel deterioramento, pel perimento o per la impossibilità della consegna dell'oggetto verificatasi per altra causa, ed il ricompratore non è tenuto al rimborso delle spese »; § 502: « Se il diritto di ricompera compete in comunione a parecchi, esso può essere esercitato solo per intero. Se tale diritto si è estinto per uno degli aventi diritto, od uno di questi non ne faccia uso, gli altri sono autorizzati ad esercitare per intero il diritto di ricompera »; § 503: « Il diritto di ricompera può essere esercitato per gl'immobili solo sino al decorso di trent'anni, e per le altre cose solo sino al decorso di tre anni dal patto della riserva. Se per l'esercizio di tale diritto sia stabilito un termine, questo entra al posto del termine legale »].

sciargli la cosa stessa, alle medesime condizioni che egli ha convenuto con altro compratore (15).

---

(15) Questo diritto non deve essere identificato con gli analoghi diritti germanici, che operano come diritti reali, specialmente col diritto di retratto. JAEGER, *Il diritto di ricompera secondo il diritto comune* [Das Vorkaufsrecht nach gemeinen Rechte], 1893. Minutamente lo regola il Cod. civ. germ., §§ 504-514; sul diritto di prelazione reale cfr. §§ 1094 sgg. [§ 504: « Chi riguardo ad un oggetto ha il diritto della prelazione, può esercitare tale diritto non appena l'obbligato ha conchiuso con un terzo un contratto di vendita riguardante l'oggetto medesimo »; § 505: « L'esercizio del diritto di prelazione ha luogo mediante dichiarazione di fronte all'obbligato. Tale dichiarazione non ha d'uopo della forma stabilita per il contratto di compravendita. — Con l'esercizio del diritto di prelazione il contratto di vendita tra l'avente diritto e l'obbligato viene in essere alle stesse condizioni, che l'obbligato ha convenuto col terzo »; § 506: « La convenzione dell'obbligato col terzo, mediante la quale la vendita si fa dipendere dal non esercizio del diritto di prelazione, o con cui l'obbligato si riserva il recesso pel caso dell'esercizio del diritto di prelazione, è inefficace di fronte all'avente diritto alla prelazione »; § 507: « Se il terzo nel contratto siasi obbligato ad una prestazione accessoria, che l'avente diritto alla prelazione non sia in grado di effettuare, questi dovrà, invece della prestazione accessoria, corrispondere il valore di essa. Se la prestazione accessoria non sia suscettibile d'una stima in danaro, l'esercizio del diritto di prelazione ne rimane escluso, l'accordo della prestazione accessoria non viene però in considerazione, se il contratto col terzo sarebbe stato conchiuso anche senza di quella »; § 508: « Se il terzo ha comprato l'oggetto al quale si riferisce il diritto di prelazione insieme con altri oggetti, per un prezzo complessivo, l'avente diritto può corrispondere una parte proporzionale di tale prezzo complessivo. L'obbligato può richiedere che la prelazione si estenda a tutte le cose, le quali non possono venire separate senza suo pregiudizio »; § 509: « Se al terzo sia stato nel contratto differito il pagamento del prezzo, l'avente diritto alla prelazione può pretendere la dilazione, solo quando egli presti garanzia per la somma differita. — Se l'oggetto della prelazione sia immobile, in tanto non è necessaria la prestazione della garanzia, in quanto per il prezzo differito siasi convenuta la costituzione di un'ipoteca sull'immobile, ovvero in conto del prezzo medesimo si sia assunto un debito, pel quale sussiste un'ipoteca sul fondo »; § 510: « L'obbligato deve senza indugio partecipare all'avente diritto alla prelazione il contenuto del contratto conchiuso col terzo. La partecipazione dell'obbligato viene supplita dalla partecipazione da parte del terzo. — Il diritto di prelazione può essere esercitato per gl'immobili nello spazio di due mesi dopo ricevuta la partecipazione, per le altre cose solo entro una settimana dalla partecipazione medesima. Se per l'esercizio di questo diritto è fissato un termine, questo subentra al posto del termine legale »; § 511: Il diritto di prelazione non si estende nel dubbio ad una vendita fatta ad un erede legittimo con riguardo ad un futuro diritto ereditario »; § 512: « Il diritto di prelazione è escluso, quando la vendita ha luogo in via di esecuzione forzata, o ad opera del curatore del fallimento »; § 513: « Se il diritto di prelazione compete in comunione a parecchi, esso può essere esercitato solo per intero. Se esso si è estinto per uno degli aventi diritto, o se uno di questi non ne faccia uso, gli altri sono autorizzati ad esercitare per intero il diritto di prelazione »; § 514: « Il diritto di prelazione è intrasmissibile, e non passa agli eredi dell'avente diritto, se non sia stato altrimenti stabilito. Se il diritto sia circoscritto ad un determinato tempo, esso è nel dubbio

6. Effetti reali hanno le seguenti clausole:

a) la *lex commissoria* dà al venditore il diritto dell'annullamento della vendita, se il prezzo non viene per intero pagato in tempo debito (16). La condizione quivi contenuta è nel dubbio risolutiva (17).

---

ereditario ». — § 1094 cit.: « Un immobile può essere gravato in modo che colui, in favore del quale segue l'onere, sia autorizzato di fronte al proprietario alla prelazione. — Il diritto di prelazione può anche essere costituito in favore del proprietario di ogni tempo di un altro immobile »; § 1095: « Una frazione di un immobile può essere gravata di un diritto di prelazione, solo quando essa consista nella quota di un condomino »; § 1096: « Il diritto di prelazione può essere esteso alle pertinenze, che vengono vendute insieme con l'immobile. Nel dubbio deve ritenersi che il diritto di prelazione debba estendersi a tali pertinenze »: § 1097: « Il diritto di prelazione si limita al caso della vendita da parte del proprietario, al quale appartiene l'immobile al tempo della costituzione, o da parte dell'erede di lui; può essere nondimeno costituito anche per più o per tutti i casi di vendita »; § 1098: Il rapporto giuridico tra l'avente diritto e l'obbligato si determina secondo le prescrizioni dei §§ 504 a 514. Il diritto di prelazione può essere esercitato anche allora quando l'immobile viene venduto liberamente dal curatore del fallimento. — Di fronte ai terzi il diritto di prelazione ha l'effetto d'una iscrizione a garanzia della pretesa alla trasmissione della proprietà, derivante dall'esercizio del diritto »; § 1099: « Se l'immobile perviene in proprietà del terzo, questi, allo stesso modo che l'obbligato può partecipare all'avente diritto il contenuto del contratto di vendita, con l'effetto stabilito nel § 510, capoverso 2°. — L'obbligato, non appena si verifica l'esercizio del diritto di prelazione, o rimane escluso, deve darne notizia al nuovo proprietario »; § 1100: « Il nuovo proprietario, quando sia il compratore stesso o il successore legittimo del compratore, può negare l'assenso all'iscrizione dell'avente diritto come proprietario e la restituzione dell'immobile, finchè non gli venga restituito, in quanto sia stato sborsato, il prezzo della vendita convenuto tra l'obbligato ed il compratore. Se l'avente diritto ottiene la iscrizione come proprietario, il precedente proprietario può richiedere da lui la restituzione del prezzo sborsato contro la consegna dell'immobile »; § 1101: « In quanto l'avente diritto, secondo il § 1100, deve rimborsare al compratore, od al suo successore legittimo, il prezzo della vendita, egli è liberato dall'obbligazione del pagamento del prezzo dovuto per la prelazione »; § 1102: « Se il compratore od il suo successore legittimo perde la proprietà in conseguenza dell'esercizio del diritto di prelazione, è liberato dalla sua obbligazione quando ancora non abbia corrisposto il prezzo dovuto; il prezzo pagato può essere da lui ripetuto »; § 1103: « Un diritto di prelazione, sussistente a favore del proprietario d'ogni tempo d'un immobile, non può essere separato dalla proprietà su questo immobile. — Un diritto di prelazione, sussistente a favore d'una determinata persona, non può essere congiunto con la proprietà su di un immobile »; § 1104: « Se l'avente diritto è sconosciuto, può essere escluso col suo diritto nel procedimento del bando, se esistano i presupposti stabiliti nel § 1170 per la esclusione di un creditore ipotecario. Con la pronuncia della sentenza di esclusione si estingue il diritto di prelazione. — Queste disposizioni non trovano applicazione ad un diritto di prelazione, che sussista a favore del proprietario di ogni tempo dell'immobile »].

(16) Tit. Dig., *de lege commissoria*, 18, 3; Burckhard nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LI, n. 12 e 17.

(17) Cfr. vol. I, § 112. Il venditore ha il diritto della risoluzione, senza che sia necessaria una precedente intimazione; fr, 4, § 4, D. *h. t.*, 18, 3 [« Mar-

Il venditore ha la scelta tra il richiedere l'adempimento, ovvero la risoluzione del negozio. La scelta una volta fatta dopo la scadenza è definitiva. Il richiedere il pagamento implica perciò la rinunzia alla clausola di risoluzione (18).

In conseguenza dell'annullamento la proprietà ritorna al venditore, libera da qualunque possibile peso da parte del compratore. Egli può anche pretendere i frutti (19) del tempo intermedio, ed il risarcimento del danno colposamente cagionato dal compratore. Il compratore ha il diritto di ritenzione per le spese necessarie (20); ma egli non riceve più la caparra prestata e gli acconti fatti (21-22). Finchè soffre questa perdita, può trattenere i frutti del tempo intermedio (23).

« cellus libro vicensimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit. et magis arbitror offerre eum « debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quod si non habet cui « offerat, posse esse securum »]; inoltre senza riguardo alla colpa del compratore; ma il venditore non ha tale diritto, se nella sua persona sta la causa del mancato adempimento; fr. 4, § 4; fr. 8. D. *h. t.*, 18, 3. Cfr. fr. 51, § 1, D. *de a. e. v.*, 19, 1; fr. 8, D. *h. t*, 18, 3 [fr. 8, cit., riportato al § 12, nota 5; fr. 51, § 1, cit.: « Quod si fundum emisti ea lege, uti des pecuniam kalendis Iuliis, et « si ipsis calendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, « deinde per te staret quo minus solveres, uti posse adversus te lege sua ven- « ditorem dixi, quia in vendendo hoc ageretur, ut, quandoque per emptorem factum « sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur. hoc ita verum puto, nisi « si quid in ea re venditor dolo fecit »]

(18) Fr. 7, D. *h. t.*, 18, 3 [« Post diem commissoriae legi praestitutum si ven- « ditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad « hanc redire potest »]. Secondo Seuffert, *Arch.*, vol. LII, n. 240 (Trib. Imp.), non ha pari effetto il semplice avviso.

(19) Fr. 4, pr., D. *h. t.*, 18, 3; fr. 5, D. *eod.* [fr. 4, cit.: « Si fundus lege « commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, « inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de « his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto « emptoris. et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito « actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi decla- « ratur ». fr. 5, cit.: « Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus « pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor « percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque « iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his « iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex « re, in qua fidem fefellisset »].

(20) Cfr. fr. 16, D. *de in diem add.*, 18, 2. [« Imperator Severus rescripsit: « 'Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior condicio fuerit allata, ven- « ditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emptor medio tempore neces- « sario probaverit erogata, de reditu retineri vel, si non sufficiat, solvi aequum « est' et credo sensisse principem de empti venditi actione »].

(21) Se anche gli acconti rimangano al venditore è questione controversa. La soluzione affermativa è dura, ma veniva preferita dai Romani. Ciò risulta dal fr. 6 pr., D. *de leg. comm.*, 18, 3. Scaevola, libro 2, *responsorum*... « et ea

b) La *addictio in diem* autorizza il venditore all'annullamento della vendita, pel caso che entro un determinato tempo segua una migliore offerta (24). Ma il compratore ha un diritto di precedenza, talchè può far sua l'offerta (25).

§ 96. — **Perfezione del contratto di vendita. Passaggio del rischio** (1).

Con la perfezione del contratto di vendita il rischio del fortuito perimento o del deterioramento della cosa passa, secondo il diritto

« lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id. quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum ». Se il venditore dovesse restituire gli acconti, quando volesse far uso della clausola risolutiva, si avrebbe nel responso di Scevola, che pure suole pesare le sue parole, una grave sconsideratezza. Inoltre ULPIANO decide, fr. 4, § 1, D. *h. t.*, 18, 3, libro 32, *ad edictum*: « Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor « lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc « habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit ». Non deve essere « impossibile » d'intendere questo frammento come riferentesi ad un contratto speciale sulla eventuale perdita del prezzo pagato in acconto. Così ritiene il WINDSCHEID, vol. II, § 323, nota 12, seguendo il BURCKHARD, *loc. cit.*, pag. 289; SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLIX, n. 11 (Corte d'appello di Kiel). Ma questa spiegazione non è naturale, nè esente da violenza. Cfr. anche PERNICE, *Labeone*, 2ª edizione, vol II, pag. 188, nota 1.

(22) Se il venditore in un negozio con facilitazione di pagamento si è riserbato il diritto di recedere dal contratto per il mancato adempimento delle obbligazioni che incombono al compratore, ognuna delle parti, nel caso che abbia luogo tale recesso, è obbligata, pel tassativo disposto della legge 16 maggio 1894, a restituire all'altra parte le ricevute prestazioni. Per le spese sopportate dal venditore, e pei danneggiamenti recati alla cosa, di cui il compratore deve rispondere, egli è obbligato a prestare il risarcimento. Per la concessione dell'uso o dell'utile della cosa egli deve corrispondere il valore di tale concessione, e qui devesi aver riguardo alla diminuzione del valore della cosa. La legge imperiale citata non trova applicazione, se il compratore sia iscritto come commerciante nel registro di commercio.

(23) Il Cod. civ. germ., § 347, tratta il possessore nel caso del recesso, e dal momento della ricezione in poi, come se da quel momento la pretesa sulla proprietà fosse diventata pendente, cioè come un custode della cosa altrui.

(24) Tit. Dig., *de in diem addictione*, 18, 2. PAOLO GERBER, *Il fr. 41 pr., de R. V.*, Diss. Inaug. Univ. di Gottinga, 1893. Tali negozi non sono frequenti nei moderni rapporti. Il Cod. civ. germ. non ne tratta particolarmente.

(25) Fr. 7, fr. 8, D. *h. t.*, 18, 2. [fr. 7 cit.: « Licet autem venditori meliore « allata condicione adicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adicere ». fr. 8 cit.: « Necesse autem habebit venditor meliore condicione allata priorem emptorem « certiorem facere, ut, si quid alius adicit, ipse quoque adicere possit »].

(1) Tit. Dig., *de periculo et commodo*, 18, 6, Cod., 4, 48. HOFMANN, *Sul periculum nella vendita* [Ueber das Perikulum beim Kauf], 1870; PUNTSCHART, *I rapporti giuridici fondamentali*, pag. 1 sgg. e gli scrittori ivi citati. Cfr. inoltre ECK, nella *Riv. di* GOLDSCHMIDT, vol. XXXIII, pag. 141, e nel *Lexicon giuridico*

comune, al compratore — *periculum est emptoris* (2). Ciò significa: che il compratore è obbligato al pagamento del prezzo, malgrado che

---

[Rechtslexicon] di Holtzendorff, alla voce « Kauf ». G. v. Praun, *Per la teoria del pericolo nella vendita* [Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf]. Diss. Inaug. Univ. di Erlangen, 1891; Petražycki, *Il reddito*, vol. II, pag. 42.

(2) I Romani hanno assai spesso ripetuto la regola « *periculum est emptoris* », senza dubbio perchè già in Roma non si considerava come esente da difficoltà. Il § 3, I. *de empt. et vend.*, 3, 23, la espone come un aforisma: « Cum autem « emptio et venditio contracta sit,... periculum rei venditae statim ad emptorem « pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus « sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte « incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte « ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe « minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet « rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa ven« ditoris accidit, in eo venditor securus est. Cfr. inoltre fr. 5, § 2, D. *de resc. vend.*, 18, 5; fr. 11, § 12, D. *quod vi*, 43, 24; fr. 14, pr., D. *de furtis*, 47, 2; cc. 1, 4, 6, Cod. *h. t.*, 4, 48. [fr. 5, § 2 cit.: « Mortuo autem homine perinde « habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et « emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto « et vendito manebunt »; fr. 11, § 12 cit.: « Ego, si post in diem addictionem « factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut « clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii « rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat: ei enim com« petere debet, etsi res ipsius periculo non sit, nec multum facit, quod res emptoris « periculo est: nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem « spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. « si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter « qualiter possidet, iam interdicto uti possit. ergo et si conduxit, multo magis: « nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit. plane si postea « quam melior condicio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Iulianus « dubitaret interdictum venditori competere: nam inter Cassium et Iulianum de « illo, quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere, quod postea « contigit »; fr. 14, pr. cit.: « Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti « actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. « mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictionem et vindi» cationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum « emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. et sane peri« culum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante tradi« tionem praestet ». c. 1, Cod. cit.: « Post perfectam venditionem omne com« modum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. « auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente « tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatum est, ut causae « agendae adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est ». c. 4 cit.: « Cum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis inito de pretio con« venit moraque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem « distractam esse in dubium non venit ». c. 6 cit.: « Mortis casus ancillae « distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem, « sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta « solutionem emptor pretii non recte recusat »]. Tuttavia il Cuiacio rigettò tale

la cosa, in conseguenza del caso fortuito, o non gli possa affatto venir trasmessa, o solo deteriorata (3-4-5).

---

regola, *ad Africanum*, l. 33, *locati*, dalla quale opinione egli però in seguito si ritrasse: *Recit. ad Cod.*, 4, 48. Recentemente l'ha combattuta con profondità il PUNTSCHART, *loc. cit.*, e specialmente pag. 215 e segg. Frattanto essa rimane ferma, nonostante che alcuni luoghi offrano difficoltà. A questi appartiene anzitutto il fr. 13, D. *h. t.*, 18, 6, PAULUS, libro 3, *Alfeni epitomarum*: « Lectos emptos aedilis, « cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum « stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet », inoltre il fr. 15 pr., *eod.*: « Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset « quo minus traderentur, venditoris periculum erit ». Se l'edile avesse o pur no a ragione disposto la distruzione, rimaneva ancora in questione, come risulta dal fr. 14, *eod.* [« eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem « legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones « suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret »]. Ma ciò nulla importava. Infatti il venditore non si è punto uniformato al suo obbligo della custodia, col porre sulla via i letti venduti; e perciò sopporta egli il rischio. Più dubbio è il fr. 15, § 1, D. cit.: « Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo « respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset ». Alfeno anche qui vuol dire soltanto ciò: che sino alla tradizione spetta al venditore l'obbligo della custodia, quindi per tutto quel tempo, cioè finchè non possa dimostrare la sua mancanza di colpa, egli di regola sopporta il rischio del furto. Che Alfeno abbia voluto in generale riconoscere il principio *periculum est emptoris*, risulta, a parer mio, determinatamente dalle parole finali del fr. 12, D. *h. t.*, 18, 6 [...« quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, « quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad « eum pertinebit »]. Il più difficile è il fr. 33, D. *locati*, 19, 2. AFRICANUS, libro 8, *quaestionum*: « si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus tra- « deretur pubblicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut « pretium restituas ». Ma anche Africano ammetteva in generale che il compra- tore sopporti il rischio, come risulta dal fr. 39, D. *de solutionibus*, 46, 3, tratto dal suo libro delle *Questioni*: « et nummi emptoris periculo sint... et nihilominus « merx quoque, quia emptio perfecta sit ». La decisione di Africano nel fr. 33 cit.: deve quindi avere avuto il suo fondamento nel caso non ordinario della confisca del fondo da parte dello Stato. Cfr. HARTMANN, negli *Annali di* IHERING, vol. XXII, pag. 417. Nel caso di forza maggiore — cfr. più sopra § 39, nota 7 — Africano non ammetteva la regola « *periculum est emptoris* »; ma vedi anche il fr. 11 pr., D. *de evic.*, 21, 2 di Paolo, riportato più sotto § 99, nota 15.

(3) Sul fondamento della regola *periculum est emptoris*, io mi sono più sopra dichiarato al § 20. Essa si sviluppò storicamente dalla struttura originaria dei contratti sinallagmatici, trapassò nelle concezioni del commercio, e si mantenne in conseguenza di ciò anche più tardi. Che diversamente la cosa si configurasse nella locazione, ciò non doveva esser decisivo per la vendita. Delle altre ragioni addotte a spiegazione di tale regola, vanno qui menzionate solo le seguenti: *a*) WINDSCHEID giustifica la regola dalla « natura di alienazione insita nel concetto della vendita », la quale avrebbe condotto all'idea che tra le parti la cosa dovesse riguardarsi come separata dal patrimonio del venditore, e passata in quello del compratore. Che questa opinione non sia sostenibile ci risultò più sopra al § 94, nota 6; *b*) IHERING nei suoi *Annali* espone (vol. III, pag. 464), che il rischio colpisce il compratore, perchè il diritto pone la regola che « il

Per la perfezione del contratto si richiede la conclusione del negozio di compravendita. Ma non sempre essa è sufficiente (6).

a) Le compravendite conchiuse sotto una condizione sospensiva, in particolare, divengono perfette solo col verificarsi della condizione. Esse vengono in essere soltanto se la cosa comprata esiste al momento in cui si verifica la condizione. Perciò durante la pendenza della condi-

---

compratore ha avuto la colpa per l'indugio dell' immediato adempimento »; « il compratore dovrebbe quindi sopportare il caso fortuito, finchè per la mora del venditore non si rovesciasse su di questo il rimprovero del successivo indugio ». Questa colpa però del compratore sarebbe un'arbitraria finzione. I giuristi romani non danno in nessun luogo un accenno, che tale sia il fondamento della regola. E che dovrebbe poi dirsi quando, forse nell'interesse del venditore, la prestazione della merce si fosse contrattualmente fissata ad un tempo posteriore? Dovrà allora tuttavia essere decisiva la finzione, che il compratore abbia colpa nell'indugio dell' immediato adempimento, mentre egli nulla può ancora richiedere? In sostegno della regola *periculum est emptoris*, si può anche addurre, che il venditore dopo essersi obbligato a consegnare la cosa al compratore, non è più nella condizione di vendere la cosa stessa ad altri e rimuovere così da sè il pericolo del perimento e del deterioramento di essa. In ciò segnatamente il HARTMANN nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXIII, pag. 386, vede persino la ragione decisiva in sostegno della regola. Ma tale opinione non è esatta, poichè anche nelle vendite conchiuse sotto condizione sospensiva il venditore trovasi nella medesima condizione, e spesso per più lungo tempo, che nei negozi incondizionati, e nondimeno egli sopporta il rischio.

(4) Pel Cod. civ. germ. non vale la regola *periculum est emptoris*. Anzi il § 446 dispone: Con la tradizione della cosa venduta il rischio del fortuito perimento e del fortuito deterioramento passa al compratore. Dalla tradizione in poi spettano al compratore i vantaggi della cosa ed egli ne sopporta i pesi. Se il compratore di un fondo prima della tradizione viene iscritto come proprietario nei libri catastali, questi effetti han luogo con tale iscrizione. Cfr. anche § 447 sul passaggio del rischio nelle vendite a distanza.

(5) Assai controverso è il caso, in cui il venditore abbia indipendentemente venduto la medesima cosa a parecchie persone, e la cosa stessa prima della tradizione perisca o sia deteriorata per caso fortuito. Cfr. su di ciò IHERING, nei suoi *Annali*, vol. III, n. 7; MARTINIUS, *Le molteplici vendite della medesima cosa* [Der mehrfache Verkauf derselben Sache], 1873; OESTERLEIN, *Le molteplici vendite* [Der mehrfache Verkauf], 1883; WINDSCHEID, vol. II, § 390 nota 17. Secondo la nostra opinione bisogna distinguere: *a*) Ambedue le vendite avvennero *bona fide*, se, per es., il proprietario ed il suo procuratore avessero venduto l'uno all'insaputa dell'altro e forse contemporaneamente la medesima cosa. Allora niuna difficoltà vi è, per non lasciare intatta al venditore, in conformità delle regole, la doppia pretesa al prezzo della vendita; ovvero *b*) La seconda vendita avvenne in mala fede. Allora in essa, secondo il concetto romano, abbiamo un *falsum* — fr. 21, D. *de falsis*, 48, 10 —: la seconda vendita era per parte del venditore *contra bonos mores*, ed egli non può perciò trarne nessun profitto. [fr. 21 cit.: « Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, « poena falsi « coercetur, et hoc et divus Adrianus constituit... »].

(6) Sul significato della parola « perfezione », cfr. PUNTSCHART, *loc. cit.*, pag. 41.

zione il pericolo del perimento della cosa è a carico del venditore, quello del deterioramento invece è a carico del compratore (7).

b) Come incompiuta si considera inoltre la vendita se il prezzo di una massa è stato stabilito secondo la misura, il peso o il numero (la cosiddetta *emptio ad mensuram*), finchè tale misura non sia avvenuta, e quindi non ancora si sia desunto il prezzo complessivo. Tali negozi vengono trattati come i negozi condizionati. Il venditore sopporta perciò il pericolo del perimento, il compratore quello del deterioramento della cosa (8).

c) Infine non è perfetta la vendita, quando si venda un determinato numero, non ancora però separato, di singoli capi, o di unità di peso o di misura, da prendersi da una massa (9). Soltanto la separazione

(7) Fr. 8 pr., fr. 10, D. *h. t.*, 18, 6; fr. 10, § 5, D. *de iure dotium*, 23, 3. [fr. 8 cit.: « Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim « sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem « respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pre- « tium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si « quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exsti- « terit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius « libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, « constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta « emptione in praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor « non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur « et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condi- « cionalia peremuntur), si pendente condicione res exstinta fuerit: sane si exstet « res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris »; fr. 10 cit.: « Si in venditione condicionali hoc ipsum convenisset, ut res periculo emptoris « servaretur, puto pactum valere ». fr. 10, § 5 cit.: « Inde quaeri potest, si ante « nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit, et hoc con- « sequens est dicere: nam cum sit condicionalis venditio, pendente autem con- « dicione mors contingens exstinguat venditionem, consequens est dicere mulieri « perisse, quia nondum erat impleta venditio, quia aestimatio venditio est »].

(8) Fr. 35, § 5, D. *de c. e.*, 18, 1. Gaius, libro 10, *ad edictum provinciale*... « Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa « adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in sin- « gulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in sin- « gulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris ». fr. 35, § 6, D. *eod.* [fr. 35, § 6 cit.: « Ergo si grex venierit, si quidem universa- « liter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero in « singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus »].

(9) C. 2, Cod. *de per. et comm.*, 4, 48, Alexander: « Cum convenit, ut sin- « gulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam « tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae « non interposuit, non fuit ». Contro l'opinione del Mommsen, *Contributi*, vol. I, pag. 342, il quale volle trattare anche questa vendita come condizionata, ed imporre quindi al venditore il rischio del deterioramento; cfr. Windscheid, vol. II, § 390, nota 9, e gli scrittori ivi citati.

fissa in questo caso l'oggetto della vendita. Sino a quel punto il venditore sopporta il pericolo del perimento e del deterioramento.

Se una massa viene venduta in blocco per un prezzo complessivo, — *per aversionem* — il pericolo passa al compratore sin dalla conclusione del negozio.

Nelle vere e proprie vendite di cose generiche il venditore sopporta per massima il rischio sino all'adempimento, cioè di regola sino alla consegna della merce al compratore, o sino alla mora di questi. Ma nelle vendite a distanza basta la spedizione della merce, o la consegna di essa ad un vettore allo scopo della spedizione (10).

§ 97. — **Obbligazioni del compratore.**

Il venditore con l'*actio venditi* può richiedere dal compratore:

1. Il pagamento (1) — trasmissione in proprietà (2) — del prezzo

---

(10) Sulla bibliografia cfr. PUNTSCHART, *loc. cit.*, pag. 264. Come dominante deve riguardarsi la teoria della separazione del THÖL, *Diritto commerciale* [Handelsrecht], 5ª ediz., §§ 262 sgg. Per essa nelle vendite di cose generiche il rischio passa al compratore, se il venditore abbia separato di fronte al compratore una *species*, ed abbia reso noto al compratore tal fatto, mediante un avviso. Si richiede di conseguenza un atto volitivo del venditore ed un atto sciente del compratore. In questa maniera il Thöl cerca di utilizzare la decisione romana, riguardo al passaggio del rischio, nel caso della vendita di una quantità da prendersi da una determinata massa — sopra, nota 9 —, per la vendita di cosa generica vera e propria. Ma con ciò non si rende giustizia nè al diritto romano, nè al bisogno pratico. Vedi IHERING nei suoi *Ann.*, vol. IV, n. 5. Quanto alle decisioni del Trib. Imp. comm., basate sulla teoria del Thöl, cfr. vol XXII, pag. 285, e vol. XXIII, pag. 145; cfr. il mio *Diritto prussiano* [Preussisches Privatrecht], vol. II, § 138, nota 7. Più esatta è la teoria dello IHERING, *loc. cit.*, secondo il quale nella vendita di cosa generica il rischio passa insieme con la consegna. Lo Ihering stesso chiama questa teoria: « teoria della consegna ». Più esatto sarebbe il dire « teoria dell'adempimento ». Nel fatto nella vendita di cosa generica il rischio, a prescindere dalla mora, passa al compratore solo con l'adempimento. Ma se tale adempimento si compie, come nella vendita a distanza — sopra § 95, nota 3 —, con la consegna della merce ad un vettore per conto del compratore, il passaggio del rischio si ricollega a questo fatto. Che la merce venga separata non è senz'altro necessario, e può anche non essere sufficiente. Cfr. KARLOWA nella *Riv. di Grünhut*, vol. XVI, pag. 442. Cfr. anche Cod civ. germ., § 243, cap. 2°. [« Se il debitore ha fatto quanto da parte sua si richiedeva per la prestazione di una tale cosa (determinata secondo il genere), il rapporto obligatorio si circoscrive a questa cosa »].

(1) Fr. 13, § 20, D. *de act. emp. ven.*, 19, 1. ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium, quanti res « venit. item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, « aequissimum est eum usuras pretii pendere ».

(2) Fr. 11, § 2 *in fine*, D. *de act. emp. ven.*, 19, 1; fr. 1 pr., *de permutatione*, 19, 4. [Fr. 11, § 2 cit.: « Et in primis ipsam rem praestare venditorem

convenuto. Un pagamento di questo prezzo mediante altri valori, per esempio con cambiali, azioni o con l'assunzione di ipoteche (3), può essere concesso al compratore, ovvero essergliene fatto obbligo.

Oltre al prezzo della vendita possono essere imposte al compratore altre prestazioni, per es., quella di lasciare i medesimi conduttori nella cosa comprata (4).

2. Il prezzo della vendita arretrato frutta interessi dal momento della consegna della cosa (5), se non siasi altrimenti convenuto. Nelle vendite a credito, nelle quali il pagamento del prezzo venne differito ad un determinato tempo, deve ciò supporsi, perocchè in tal caso l'interesse del tempo intermedio viene di regola computato sin da principio nel prezzo (6).

3. Le spese fatte dal venditore, dopo la conclusione del negozio, devono essergli rifatte insieme con gl'interessi, se esse furono necessarie, od invero semplicemente utili, ma corrispondenti manifestamente alla

---

« oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et em-
« ptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si
« modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos
« venditoris facere cogitur »; fr. 1, pr. cit.: « ..... emptor enim, nisi nummos
« accipientis fecerit, tenetur ex vendito »].

(3) Se le ipoteche devono essere assunte *in partem pretii*, e ciò non sia possibile, perchè, ad esempio, il debito ipotecario era già estinto, il pagamento della corrispondente rata di prezzo deve aver luogo in danaro.

(4) Fr. 13, § 30, D. *de act. emp. vend.*, 19, 1. [« Si venditor habitationem « exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum « tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem: denique Tubero « ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse « venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, « emptori reddat »]. Varie prestazioni accessorie menzionate nelle fonti sono insieme raggruppate dall'UNTERHOLZNER, vol. II, pag. 296, nota *g*. Pur sempre si ha una vendita quando lo scopo principale del negozio sia lo scambio di merce contro danaro. Al riguardo bisogna giudicare secondo i casi. Il rapporto del valore deve essere considerato, ma non decide da solo.

(5) Fr. 13, § 20, D. *de a. e. v*, 19, 1, riportato alla nota 1; fr. 18, § 1, D. *de usuris*, 22, 1; c. 2, Cod. *de usuris*, 4, 32; c. 5, Cod. *de act. empti*, 4, 49. Cfr. del resto anche *Fragment. Vat.*, § 2. [fr. 18, § 1 cit., riportato al § 29, nota 16; così pure la c. 2 cit.; c. 5 cit.: « Curabit praeses provinciae compellere « emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii quam penes « se habet cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio et minoris « aetas favor, licet nulla mora intercesserit, generavit »; *Fr. Vat.*, § 2 citato: « Papinianus libro III. Responsorum. Usurae venditori post traditam possessionem « arbitrio iudicis praestantur; ante traditam autem possessionem emptori quoque « fructus rei vice mutua praeberi necesse est: in neutro mora considerabitur »].

(6) Cfr. Cod. civ. germ., § 452 [riportato al § 29, nota 16]. Un posteriore differimento del pagamento del prezzo della vendita non ha ugual significato.

presunta volontà del compratore, od infine se furono fatte con l'assenso di lui (7-8).

4. Il compratore non è semplicemente autorizzato a richiedere la cosa, ma è anche tenuto a prendersela, e, posto che ciò non faccia, deve sopportare le spese che il venditore fu costretto a fare, per sbarazzarsi della cosa stessa. L'obbligo al ritiro della cosa non incombe però al compratore, quando, al tempo della conclusione del contratto, non era prevedibile un interesse del venditore a tale ritiro (9).

5. Il compratore deve rispondere per la colpa (10); nelle spedizioni a distanza gli sta a carico persino la diligente custodia delle merci, quando egli è autorizzato a respingerle a causa di difetti o per altri motivi (11).

Di fronte alle pretese del venditore, il compratore può opporre l'eccezione *non adimpleti* o *non rite adimpleti contractus* (12). Oltracciò egli ha anche la cosiddetta *exceptio evictionis imminentis*, se il con-

---

(7) Fr. 13, § 22, D. *de a. e. v.*, 19, 1: [« Praeterea ex vendito agendo con-« sequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedi-« ficia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebiatus esse ex vendito « hoc nomine actionem. idem et si in aegri servi curationem impensum est ante « traditionem aut si quid in disciplinas, quas virisimile erat etiam emptorem velle « impendi. hoc amplius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi impensum sit, « ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit »]. Petražychi, *Il reddito*, vol. I, pag. 312. Cfr. Cod. civ. germ., § 450: [« Se prima della consegna della cosa venduta, il rischio è passato al compratore, ed il venditore prima della consegna medesima fa delle spese sulla cosa, le quali sono divenute necessarie dopo il passaggio del rischio, egli può chiedere il risarcimento dal compratore, come se questi lo avesse incaricato dell'amministrazione della cosa. — L'obbligazione del compratore al risarcimento di altre spese si determina secondo le norme sulla gestione di negozi senza mandato »].

(8) Le spese devono essere rifatte dal compratore, anche quando la cosa perì per caso fortuito, prima che se ne fosse compiuta la tradizione.

(9) È controverso, se il compratore sia obbligato incondizionatamente al ritiro della merce, o solo sotto particolari presupposti. Cfr. Barkhausen, nella *Riv. di* Goldschmidt, vol. XXX, pag. 30. Nel fr. 9, D. *de a. e. v.*, 19, 1, Pomponio, libro 20 *ad Sabinum*, decide un caso particolare: « Si is, qui lapides ex fundo « emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat ». Ma da ciò soltanto non si può in generale desumere un obbligo esente da eccezioni. Il Cod. civ. germ., § 433, cap. 2°, dispone in generale: « Il compratore è obbligato a ritirare dal venditore la cosa comprata... ». Cfr. frattanto Kohler, nell'*Arch. per il dir. civ.*, vol. XIII, pag. 174.

(10) Il compratore è responsabile in particolare per il danno colposamente recato al venditore, al ritiro della merce.

(11) Cod. comm., § 379, Trib. Imp. comm., vol. XX, pag. 202. [§ 379 cit.: « Se la vendita è per ambo le parti un negozio di commercio, il compratore, nel caso che egli rifiuti la merce, speditagli da un altro luogo, è obbligato a provvedere per la provvisoria custodia di essa »].

(12) Vedi più sopra, § 21.

tratto è stato invero adempiuto verso di lui, ma egli sia minacciato dall'evizione. Se sia minacciato da una parziale evizione, egli potrà ritenere una somma proporzionale. Il venditore può ovviare a questa eccezione mediante cauzione (13).

§ 98. — **Obbligazioni del venditore, in generale.**

Il compratore può richiedere dal venditore con l'*actio ex empto*:

1. La consegna della cosa comperata e delle sue pertinenze al tempo della conclusione del contratto (1). Egli può pretendere il com-

---

(13) Secondo un responso di Papiniano, *Frag. Vat.*, § 12, era lecito al compratore, quando si fosse contro di lui intentata un'azione di dominio, di ritenere, durante la pendenza della lite, il prezzo della vendita, anche se gli venissero offerte delle garanzie per l'evizione. La breve prescrizione della lite dell'epoca classica, che assicurava la rapida decisione della controversia, rendeva ammissibile ciò. Ma quando essa scomparve non si poteva più star fermi a quel principio. Diocleziano, nella c. 24, Cod. *de evictionibus*, 8, 44, dà quindi al venditore il diritto di richiedere il prezzo della vendita, durante la pendenza della lite, contro garanzia ma ammette la ritenzione del prezzo medesimo, quando il compratore sia anche solo minacciato da un'azione di evizione. Di conseguenza il responso di Papiniano, per trovare accoglienza come fr. 19, § 1, D. *de per. et comm.*, 18, 6, nelle *Pandette* di Giustiniano, dovette essere interpolato. Cfr. PUGGÈ, nel *Museo Renano per la giurisprudenza*, vol. III, pag. 438. Dissentono le opinioni espresse dal BEKKER negli *Annali* suoi e del MUTHER, vol. VI, pag. 323 [*Frag. Vat.*, § 12 cit.: « Ante pretium solutum dominii quaestione mota, pretium emptor restituere non « cogetur, nisi maximi fideiussores evictionis offerantur, tametsi ignorans possi- « dere coeperit; nam usucapio frustra complebitur anticipata lite. nec oportet « evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine dominii peri- « culum immineat »; c. 24 cit.: « Si post perfectam venditionem ante pretium « numeratum rei venumdatae mota fuerit quaestio vel mancipia venumdata procla- « ment in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, « si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli « iuris auctoritate monstratur. Unde cum parte pretii numerata, domus quam « emisti tibi velut pignoris iure obligatae ne ad emptionem accederes, denun- « tiatum ab aliqno proponas, iudex tibi quae ex emptione veniunt praestari pro- « videbit »; fr. 19, § 1, cit.: « Ante pretium solutum dominii quaestione mota « pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius « evictionis offerantur »].

(1) Fr. 13, § 31; fr. 18, *de a. e. v.*, 19, 1, cfr. vol. I, § 77. Cod. civ. germ., § 314. [« Se qualcuno si obbliga ad alienare una cosa, o a gravarla di oneri, l'obbligazione si estende nel dubbio anche alle pertinenze della cosa »]. Un' aggiunta convenuta forma parimente parte dell'oggetto della vendita: fr. 31, § 25, D. *de aedil. edicto*, 21, 1: [fr. 13, § 31 cit.: « Aedibus distractis vel legatis ea « esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, « ut puta putealia; fr. 14: (id est quo puteum operitur); fr. 15: lines et labra, « salientes..... ». fr. 18 cit.: « Granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium « sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis

plemento delle pertinenze, finchè debba normalmente prestarsi insieme colla cosa (2-3).

Come il compratore sopporta il rischio, così compete a lui anche il vantaggio, che la cosa comprata ha prodotto dopo la conclusione del contratto (4). Ed invero devono a lui consegnarsi i vantaggi spontaneamente sorti, per es. le alluvioni, o la metà, spettante al proprietario come tale, del tesoro trovato nel fondo venduto, non meno che i prodotti ordinari della cosa, ed in particolare i fitti e le pigioni (5). Il guadagno,

---

« et caesis cedunt. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi « gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud iuris est in his, quae detra« ctae sunt, ut reponerentur: aedibus enim accedunt ». fr. 31, § 25 cit.: « Quod « emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est »]. Cfr. BAUER, *L'aggiunta nella compravendita* [Die Dareingabe beim Kauf], 1887.

(2) Ciò deriva dai principii generali. Ad esempio, una casa venduta deve essere consegnata insieme con le chiavi, ed anche con le persiane, se ciò sia negli usi locali.

(3) Nella vendita d'immobili il compratore può anche chiedere la cooperazione del venditore per la trascrizione nei libri catastali. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 444. [« Il venditore è obbligato di dare al compratore le necessarie informazioni sui rapporti giuridici riguardanti l'oggetto venduto, e particolarmente nel caso di vendita di un fondo, sui confini, sui diritti e sugli oneri di esso, e di consegnargli i documenti che occorrono alla prova del diritto, finchè trovinsi nel suo possesso. Se il contenuto di un tale documento si estende anche ad altro, il venditore è obbligato solo al rilascio di un estratto pubblicamente autenticato »].

(4) Cfr. più sopra, § 23, nota 9. IHERING, *Monografie* [Abhandlungen], n. 1, 1843; MOMMSEN, *Dissertazioni sul diritto delle obbligazioni* [Erörterungen aus dem Obligationenrecht], fasc. I, 1859; § 3, I, *de empt. et vend.*, 3, 23; fr. 7 pr., D. *de per. ut comm.*, 18, 6. [§ 3, I. cit., riportato al § 96, nota 2; fr. cit.: « Id, quod post « emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum « incommodumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occu« patus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet »].

(5) Antica questione è quella che ha riguardo ai fitti e alle pigioni: cfr. MOMMSEN, *loc. cit.*, pag. 124. Attualmente si distinguono per lo più due casi. Se il contratto di locazione era conchiuso già prima della vendita, il compratore non ha alcuna pretesa ai fitti, neanche a quelli che devono corrispondersi per il tempo successivo alla vendita. Ma se il contratto di locazione venne conchiuso dopo la vendita dal venditore, i fitti devono spettare al compratore, perchè in tal caso il venditore deve considerarsi come *negotiorum gestor* del primo. Ma tale trattamento del venditore come *negotiorum gestor* del compratore è forzato, ed anche la detta distinzione non è del tutto pratica e giusta. ULPIANO, libro 32, *ad edictum*, fr. 13, § 13, D. *de a. e. v.*, 19, 1, dice infatti anche in generale: « Item si quid ex operis « servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emptori prae« stabitur ». Doveva tuttavia il compratore della nave rimaner privo di qualunque pretesa ai noli, se i relativi contratti erano stati conchiusi coi caricatori prima della vendita, ma il caricamento e la navigazione ebbero luogo solo dopo la vendita medesima? Nella decisione di Ulpiano non viene accennato ciò. Certo Ulpiano dichiara al medesimo luogo, fr. 13, § 11, D. *eod.*: « Si in locatis ager fuit, pen« siones utique ei cedent qui locaverat, : idem et in praediis urbanis, nisi si quid

che il venditore ottenne colla cosa, per via di particolari intraprese, casi di fortuna, o persino in malo modo, non è un guadagno dato dalla cosa, ma personale di lui, e non deve quindi consegnarsi (6).

Il luogo della prestazione della cosa si determina secondo i principii generali (7). Una cosa specifica deve di regola consegnarsi nel luogo ove si trovava al momento della conclusione del contratto (8).

« nominatim convenisse proponatur ». Ma la contradizione si scioglie per bene, quando si rifletta al nesso del § 11 col precedente § 10 : [« Si fructibus iam maturis « ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum « est »]. In questo, pel caso della vendita di un fondo con frutti maturi, vengono assegnati al compratore tali frutti, se questi vennero separati solo dopo la vendita. In contrapposto a ciò il § 11 vuole accentuare, che restano in vantaggio del venditore i fitti arretrati al tempo della vendita. Si spiega come il giurista in quest'ordine d'idee abbia inteso per *pensiones* i fitti di già scaduti. È ben possibile anche che l'ambiguità sia derivata solo in seguito alla solita mutilazione dell'esposizione di Ulpiano ad opera dei compilatori. Secondo il Cod. civ. germ., § 101, n. 2, si verifica la divisione dei fitti e delle pigioni, in proporzione della durata del diritto del venditore e del compratore. Cfr. oltracciò § 446.

(6) Non deve consegnarsi, per esempio, la metà del tesoro scoperto dal venditore ; chi ha venduto un fucile non deve corrispondere il guadagno della cacciagione con esso procuratosi ; cfr. anche fr. 21, D. *de her. vel. act. vend.*, 18, 4. Cfr. PETRAŽYCKI, *Il reddito*, vol. I, § 6 ; vol. II, § 18 [fr. 21 cit. : « Venditor « ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit : « quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat : nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem « vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse : « quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. si ergo « hominem vendiderit et is decesserit, an pretium debeat ? non enim deberet Stichi « promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. sed ubi « hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium « eius agam quam hereditatis. sed in re singulari non potest credi : nam si eundem « hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque « accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram « in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem : tibi enim rem debebam « non actionem. at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam : quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur. quid « si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum « pretium illi debeo an rem ? utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo : et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil « hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones « suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque : nam et aream « tradere debet exusto aedificio »].

(7) Cfr. più sopra § 32.

(8) Fr. 3, § 4, D. *de a. e. v.*, 19, 1. [« Quod si per emptorem mora fuisset, « aestimari oportet pretium quod sit cum agatur, et quo loco minoris sit. mora

2. Ogni colpa, in particolare nella conclusione del contratto (9), non meno che nella custodia della cosa, obbliga il venditore al risarcimento del danno (10-11).

3. Il venditore deve infine prestare la garanzia pel caso dell'evizione della cosa, ed è tenuto per i vizi occulti, come pure per le qualità promesse della cosa.

Queste obbligazioni vanno particolarmente considerate.

« autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, « praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. item non oportet eius loci pretia « spectari, in quo agatur, sed eius, ubi vina tradi oportet: nam quod a Brun- « disio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundisi tradi oportet »].

(9) Francesco Leonhard, *La responsabilità del venditore per la colpa* [Die Haftung des Verkäufers für Verschuldung], 1896.

(10) Fr. 35, § 4, D. *de c. e.*, 18, 1; fr. 1, § 1; fr. 2, § 1; fr. 3, D. *de per. et comm.*, 18, 6. [fr. 35, § 4 cit.: « Si res vendita per furtum perierit, prius « animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appa- « reat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater « familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus « esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat em- « ptori. unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is « nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus « est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem trans- « ferre »; fr. 1, § 1 cit.: « Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare « debet: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post « mensuram factam venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram peri- « culo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam sin- « gula dolia »; fr. 2, § 1 cit.: « Custodiam autem ante admetiendi diem qualem « praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero « dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, « ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum »; fr. 3 cit.: « Custodiam autem « venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut « diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet »].

(11) Sull'obbligo di sopportare le spese del negozio di vendita, cfr. Codice civile germanico, §§ 448, 449. [§ 448: « Le spese della consegna della cosa venduta, ed in particolare le spese della misurazione e della pesatura, spettano al venditore; le spese del ritiro e della spedizione della cosa ad un luogo diverso da quello dell'adempimento sono a carico del compratore. — Se viene venduto un diritto, le spese della costituzione o della trasmissione del diritto sono a carico del venditore »; § 449: « Il compratore di un fondo deve sopportare le spese della dichiarazione di cessione e di iscrizione; il compratore di un diritto su di un fondo deve sopportare le spese delle necessarie iscrizioni nei registri catastali per la costituzione del diritto, insieme con le spese delle dichiarazioni richieste per tale iscrizione. In ambo i casi sono anche a carico del compratore le spese per la compilazione del documento della vendita »].

§ 99. — **Responsabilità del venditore per l'evizione** (1).

Il venditore ha sodisfatto anzitutto alla sua obbligazione mediante la tradizione della cosa venduta (2). Ma in seguito può risultare, che il suo diritto non era sufficiente per procurare al compratore la durevole signoria giuridica sulla cosa ; allora sorgono altre obbligazioni.

Il caso principale è quello dell'evizione, cioè della privazione della cosa comprata in conseguenza di sentenza passata in giudicato. Ad esso precipuamente si pensava nel commercio, e ad esso si ricongiunse la teoria romana (3).

In Roma erano assai usuali, almeno per i negozi più importanti, le stipulazioni penali, dirette alla prestazione del doppio del prezzo della vendita, pel caso dell'evizione; esse quindi erano tanto inerenti alla natura del negozio di vendita, che i compratori potevano agire con l'*actio ex empto*, per costringere i venditori ad assumerle, quando vi si sottraevano (4).

---

(1) Tit. Dig. *de evictionibus et duplae stipulatione*, 21. 2. Cod. 8. 44. — K. O. Müller, *La teoria della prestazione della evizione* [Die Lehre von der Eviktionsleistung], I. 1851, incompleto ; Bekker, nei suoi *Annali*, vol. VI, n. 8 ; Kempin, vedi più sopra, § 94, nota 17 ; P. F. Girard, *Études historiques sur la formation du système d'éviction*, 1884. — Di solito la parola « evizione » si traduce in tedesco con la parola « *Entwährung* » ; il Windscheid all'incontro, vol. II, § 391, scrive « *Entwehrung* », richiamandosi al vocabolario del Grimm : « L'uso del linguaggio giuridico scambia *entwehren* (privare del possesso) ed *entwähren* (non prestare) ».

(2) Il Bekker, *loc. cit.*, cfr. pag. 233 e 301, ritiene che « la prestazione evitta non sia una prestazione » e che « la evizione annulli l'apparenza di prestazione ». Ma questa concezione non è quella dei Romani ; infatti essi pongono l'uno accanto all'altro il dovere di « *tradere* » e quello di « *ob evictionem se obligare* ». Cfr. fr. 1 pr., D. *de rer. permutation.*, 19, 4 [rip. al § 103, nota 6]. Essa non è neanche pratica ; la conseguenza di essa sarebbe che il compratore dopo l'evizione dovrebbe agire anzitutto per un migliore adempimento, e, solo per il caso che questo non potesse ottenersi, per l'*id quod interest* in danaro. Ma nella pratica del diritto sta che il compratore evitto può agire direttamente pel suo danno-interesse. Nel caso del fr. 3 pr., D. *de a. e. v.*, 19, 1, addotto dal Bekker per la sua opinione, la cosa era stata tolta al compratore con azione possessoria, e quindi nel fatto non gli era stata consegnata con la tradizione [fr. 3 pr., cit. : « Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur »].

(3) Secondo il Cod. civ. german., § 440 sgg., il compratore, al quale sia stata consegnata una cosa, può anche richiedere il risarcimento dei danni per un « difetto nel diritto », prima che abbia luogo la evizione, e, secondo le circostanze, anche recedere dal negozio. Ma egli deve provare tale difetto di diritto. Pur nondimeno nella vita pratica il più delle volte si agirà solo in seguito all'avveratasi evizione ; sostanzialmente si conserveranno quindi i principii del diritto comune.

(4) Fr. 31, § 20, D. *de aed. edicto*, 21. 1 : [« Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non

Ciò è estraneo ai moderni rapporti ed al diritto comune. Qui il compratore, nel caso della evizione, può soltanto agire con l'*actio ex empto*, pel danno interesse (5).

1. I presupposti sono:

a) Dev'essere avvenuta la tradizione della cosa al compratore (6). Prima di quel momento il compratore può agire solo per la tradizione, e nel caso d'indugio di essa, per il risarcimento del danno.

b) Ma la cosa dev'essere inoltre negata al compratore da sentenza passata in giudicato, e di fatto essergli tolta (7).

« caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent « venire »]. Di regola il venditore non si considerava obbligato alla *satisdatio*: fr. 37 pr., fr. 56 pr., D. *h. t.*, 21, 2; fr. 1, § 8, D. *de stip. praet.*, 46, 5; nondimeno era decisiva al riguardo la consuetudine locale: fr. 6, D. *h. t.*, 21, 2; per gli oggetti di minor conto vedi il fr. 37, § 1, D *h. t.*, 21, 2 [fr. 37 pr., § 1 cit.: « Emptori « duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satis- « detur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. 1) Quod « autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni « re id accipiamus, sed de his rebus quae pretiosores essent, si margarita forte « aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. « per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur »; fr. 56 pr. cit.: « Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut « quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, « ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet qui duplam promittit, sed sufficit « nuda repromissio, nisi aliud convenerit »; fr. 1, § 8 cit.: « Stipulatio duplae « repromissio est, nisi si convenerit ut satisdetur »; fr. 6 cit.: « Si fundus venierit, « ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri « oportet »].

(5) Fr. 8, D. *h. t.*, 21, 2: [« Venditor hominis emptori praestare debet, quanti « eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive here- « ditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: « et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem ven- « didit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, « ut habeat »].

(6) Fr. 61 e fr. 62 pr., D. *h. t.*, 21, 2 [fr. 61: « Si quod a te emi et Titio « vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicuti si « acceptam rem tradidissem, placet »; fr. 62: « Si rem quae apud te esset ven- « didissem tibi: quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet »]. Müller, *loc. cit.*, pag. 108.

(7) L'evizione si ha solo quando la sentenza passata in giudicato venne eseguita. Anzitutto quindi, quando il compratore, per far diritto alla sentenza, abbia consegnato la cosa comprata all'evincente, o quando essa gli venne tolta per mezzo di esecuzione forzata. Ma è anche sufficiente che egli fosse stato costretto ad avanzarsi come attore e fosse stato respinto con sentenza passata in giudicato, perchè egli con ciò è privato definitivamente del possesso. Infine è anche sufficiente che il compratore convenuto, non avendo consegnato la cosa conformemente alla sentenza giudiziale, venga condannato alla *litis aestimatio*; non si richiede che egli abbia già pagato la *litis aestimatio*, poichè in conseguenza della condanna si considera come se egli abbia comprato dall'avversario la cosa stessa. D'ora in poi

Il giudizio contro il compratore nuoce al venditore solo quando la lite gli sia stata in tempo notificata (8-9), cioè in uno stadio del processo, nel quale ancora gli era libera la piena difesa (10).

---

infatti il compratore ha la cosa in forza di questo nuovo titolo, e non in base alla vendita originaria: fr. 16, § 1; fr. 29, § 1; fr. 57 pr., § 1, D. *h. t.*, 21, 2 [fr. 16, § 1, cit.: « Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta « est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore con- « ventus absolutus est »; fr. 29, § 1 cit.: « Si duplae stipulator ex possessore « petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti ita « autem utiliter non poterit, vel ipso iure promissor duplae tutus erit vel certe « doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita, si culpa vel sponte duplae stipu- « latoris possessio amissa fuerit »; fr. 57 cit.: « Habere licere rem videtur emptor « et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem « sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque « privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu « actio, quia rem habere ei licet. 1) Quod cum ita est, videamus, num et si ab « eo qui vicerit donata legatave res fuerit emptori, aeque dicendum sit ex stipu- « latu actionem non nasci, scilicet si antequam abduceret vel auferret donaverit « aut legaverit: alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest »].

(8) La denunzia veniva richiesta dalla giurisprudenza, in primo luogo, perchè il venditore si reputa meglio istruito del compratore sullo stato giuridico della cosa venduta, poi, anche perchè nella controversia con l'evincente si tratta piuttosto dell'interesse del venditore, il quale è tenuto di fronte all'azione di regresso, che di quello del compratore stesso. Le stipulazioni per l'evizione non ancora contenevano la richiesta della denuncia della lite. Cfr. le stipulazioni delle tavolette cerate in Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, VI, ed., pag. 288 sgg., garantite da sette firme. [Leggasi ad esempio la seguente « *Emptio puellae* » a., 139, p. C.: « Maximus Batonis puellam nomine Passiam, sive ea quo alio nomine est, anno- « rum circiter plus minus sex, empta sportellaria, emit, mancipioque accepit de Dasio « Verzonis, Pirusta ex Kavieretio, X ducentis quinque. Iam puellam sanam esse, » a furtis noxisque solutam, fugitium erronem non esse, praestari: quot si quis « eam puellam, partemve quam ex eo quis evicerit, quominus Maximum Batonis, « quove ea res pertinebit, habere possidereque recte liceat, tum quanti ea puella » empta est, tantam pecuniam et alterum tantum dari, fide rogavit Maximus « Batonis, fide promisit Dasius Verzonis, Pirusta ex Kavieretio; proque ea puella, « quae supra scripta est, ducentos quinque accepisse et habere se dixit Dasius « Verzonis a Maximo Batonis. Actum Karto XVI k. Apriles, Tito Aelio Caesare « Antonino Pio II et Bruttio Praesente II cos. = *Nomina signatorum* = Maximi « Veneti principis. Masuri Messi decurionis. Anneses Andunocnetis. Plani Verzonis « Sclaietis. Liccai Epicadi Marciniesi. Epicadi Plarentis, qui et Mico. Dasi Verzonis « ipsius venditoris »

(9) In Roma la denuncia avveniva stragiudizialmente; pel diritto nuovo essa deve aver luogo giudizialmente. Legge di Proc. civ., § 73. Se il denunciato accede alla causa egli è un interventore accessorio: *socius litis*, § 74, *loc. cit.*

(10) Fr. 29, § 2, D. *h. t.*: [« Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut « de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, « dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat »]. Pel diritto procedurale odierno è sufficiente che la notificazione avvenga in seconda istanza, perchè ivi le parti non sono limitate nelle loro deduzioni.

Se al venditore la lite è stata debitamente notificata, egli soggiace all'azione di regresso del compratore evitto, abbia egli o no partecipato alla controversia. Non monta se il giudizio di evizione era o no giusto (11).

La notificazione della lite è superflua, se il venditore anche senza di essa prende parte come interventore alla lite, ed ancora se vi abbia rinunziato (12), come pure se egli è assente, cioè fuori dell'Impero tedesco, ovvero se non possa scoprirsi il suo soggiorno, od infine se egli si sottrasse dolosamente alla notificazione medesima (13).

Se la notificazione della lite venne omessa, fuori di questi casi, il venditore non è vincolato dalla sentenza evincente. Ma se il compratore sia in istato di provare, che a lui venne trasmesso un diritto soltanto apparente e labile, egli può fondare su di ciò pretese di risarcimento (14).

---

(11) Legge di Proc. civ., § 68: [« L'interventore accessorio, in rapporto alla parte principale, non può dedurre, che la controversia, pel modo come venne proposta al giudice, fu da questo malamente decisa; se egli affermi che la parte principale abbia malamente condotto la lite, troverà ascolto solo in quanto egli stesso, data la condizione della lite, al tempo del suo intervento, o date le dichiarazioni e gli atti compiuti dalla parte principale, sia stato impedito a far valere dei mezzi di attacco o di difesa, ovvero se dei mezzi di attacco o di difesa, a lui sconosciuti, non siano stati dolosamente o per colpa grave fatti valere dalla parte principale »]. Secondo il fr. 51 pr., D. *h. t.*, 21, 2, cfr. c. 8, Cod. *h. t.*, 8, 44, il venditore si poteva richiamare al fatto, che il compratore avesse perduto la lite *sordibus iudicis aut stultitia*. [Fr. 51 pr. cit.: « Si per imprudentiam iudicis « aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut « quid refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit? iniuria enim, quae fit « emptori, auctorem non debet contingere ». c. 8 cit.: « Emptor fundi, nisi « auctori aut eredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque « ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussores eius habet, « sed et si iudicio emptor non adfuit, aut praesens per iniuriam iudicis victus est, « absente auctore vel fideiussore, regressum adversus eum non habet »].

(12) Fr. 63 pr., D. *h. t.*, 21, 2: [« Herennius Modestinus respondit non abesse « ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto « ei remissa esset denuntiandi necessitas »].

(13) Fr. 56, § 5, D. *h. t.*, 21, 2: [« Simili modo tenetur et qui curavit, ne « sibi denuntiari possit »].

(14) Che il compratore abbia il regresso per l'evizione solo quando egli abbia denunziato la lite al venditore, sancisce con grande determinatezza la c. 7, Cod. *h. t.*, 8, 44, e la c. 8, Cod. *eod.*, ambedue di Alessandro: « Emptor fundi nisi « auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque « ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussores eius « habet ». [c. 7 cit. « Auctore laudato si evicta res est, fideiussorem, etiamsi agi « causam ignoraverit, conveniri emptionis nomine posse non ambigitur »]. Così un principio, che sin'allora i giuristi avevano difeso per motivi intrinseci — cfr. fr. 53, § 1, D. *h. t.*, 21, 2 — veniva sanzionato dall'imperiale autorità. Tuttavia una teoria più mite ritiene, che l'omissione della denuncia non rechi pregiudizio, quando il compratore possa dimostrare, che il venditore non avrebbe potuto scon-

c) Il diritto, in base al quale il compratore venne evitto, deve infine essere già esistito al tempo in cui la cosa venduta gli fu trasmessa (15).

Non fa differenza, se l'evizione avvenne mediante un'azione di dominio, o un'azione Publiciana, o un'azione di pegno (16), od una personale ammissibile contro terzi (17-18).

---

giurare la perdita della lite. Il WINDSCHEID, vol. II, § 391, nota 12, vuole poi negare solo allora il regresso per l'evizione, quando il venditore possa dimostrare, che egli sarebbe stato in grado di dare un'altra piega alla lite. Ma tale prova non sarebbe punto facile e porrebbe il venditore in una condizione sfavorevole di fronte al compratore, che ha trascurato la notificazione della lite. Dalle costituzioni addotte si deve, a mio avviso, almeno ricavare, che il compratore che non notificò la lite al venditore non può fondarsi, di fronte a quest'ultimo, sulla sentenza evincente. Può essergli libera la prova indipendente, che egli, a causa del diritto difettoso del venditore, non fu messo nella condizione convenuta nel contratto. Appena del resto è possibile richiamarsi, per la nostra questione, al fr. 11, § 12, D. *de a. e. v.*, 19, 1, poichè esso non tratta propriamente di evizione, ma di un difetto occulto della cosa. Cfr. DERNBURG *sen*, nella *Rivista* del LINDE, nuova Serie, vol. II, n. 1; BEKKER, *loc. cit.*, pag. 288 [fr. 53, § 1 cit. : « Si cum possit emptor auctori « denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus « esset, hoc ipso videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere non potest »; fr 11, § 12 cit. : « Idem (Neratius) libro secundo responsorum ait emptorem noxali iudicio « condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi « potuit : idemque putat et si ex stipulatu aget: et sive defendat noxali iudicio, « sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilo minus vel ex « stipulatu vel ex empto agere posse »].

(15) Fr. 11 pr., D. *h. t.*, 21, 2 : « Paulus libro 6 responsorum : Lucius Titius « praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit : cum in residuam « quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has pos- « sessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia « adsignatas: quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. PAULUS « respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem « non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti « posse »; c. 1, Cod. *de periculo et commodo*, 4, 48 [riportata al § 96, nota 2].

(16) Fr. 34, § 2; fr. 35, fr. 63, § 1, D. *h. t.*, 21, 2; c. 4, c. 5, c. 19, Cod. *h. t.*, 8, 44 [fr. 34, § 2, cit. : « Duplae stipulatio evictionem non unam continet, « si quis dominium rei petierit et vicerit, sed et si Serviana actione experiatur »; fr. 35, cit. : « Evictus autem a creditore tunc videtur, cum fere spes habendi « abscisa est : itaque si Serviana actione evictus sit, committitur quidem stipu- « latio : sed quoniam soluta a debitore pecunia potest servum habere, si soluto « pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione »; fr. 63, § 1, cit. : « Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat et quaestione mota fisci nomine auctorem « laudaverat et evictione secuta fundus ablatus et fisco adiudicatus est venditore « praesente : quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit con- « venire. Herennius Modestinus respondit, sive, quod alienus fuit cum veniret « sive quod tunc obligatus, evictus est, nihil proponi, cur emptrici adversus ven- « ditorem actio non competat »; c. 4, cit. : « Si praedium tibi pro soluto datum « aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est, igitur si hoc « iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. nam eiusmodi

Una parziale evizione dà diritto ad un proporzionale risarcimento. Essa si verifica nell'evizione di parti corporee od ideali della cosa venduta; inoltre indirettamente nell'evizione di frutti o di altri prodotti della cosa venduta dopo la tradizione; infine anche nella evizione di un diritto di usufrutto (19).

« contractus vicem vènditionis obtinet »; c. 5, cit. : « Ex praediis, quae mercata « es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione « consequeris, ut ea a creditrice liberentur : id enim fiet, si adversus venditorem « ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris »; c. 19, cit. : « Si obligata praedia venumdedisti et longi temporis praescriptione solita emptores « se tueri possunt, evictionis periculum timere non potes »]. Ai nostri giorni del resto per lo più si conviene, che il compratore debba assumere alcune determinate ipoteche, che gravano sul fondo comprato, come parte del prezzo della vendita, mentre il venditore promette la liberazione da altre eventuali ipoteche non assunte. In tal caso il compratore ha solo naturalmente per queste ultime ipoteche una pretesa contro il venditore. E propriamente egli può agire per la liberazione e non è tenuto ad aspettare una evizione. Cfr. anche SEUFFERT, *Arch.*, vol. 48, n. 252. Il Cod. civ. germ., al § 439, cap. 2°, dispone : Il debitore deve rimuovere l'ipoteca, il debito fondiario, il debito di rendita od il diritto di pegno, se anche il compratore conosca tale onere. Lo stesso vale di una prenotazione per assicurare la pretesa della costituzione di uno di questi diritti.

(17) Nel fr. 34, § 1, D. *h. t.*, 21, 2, si parla di una azione divisoria; nel fr. 39 pr., e nel fr. 66, § 1, D. *eod.* di una *in integrum restitutio*. [fr. 34, § 1, cit. : « Si communi dividundo mecum actum esset et adversario servus adiudi« catus sit, quia probavit eum communem esse, habebo ex duplae stipulatione « actionem, quia non interest, quo genere iudicii evincatur, ut mihi habere non « liceat »; fr. 39 pr., cit. : « Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, « eum Titius Seio : minor se in ea venditione circumscriptum dicit et inpetrat « cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium : Seius « postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari : « ego dandam putabam. respondi : iustam rem Seius postulat; nam si ei fundus « praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evi« ctionem restitui »; fr. 66, § 1, cit. : « Si is qui rei publicae causa afuit fundum « petat, utilis possessori pro evictione competit actio. item si privatus a milite « petat, eadem aequitas est emptori restituendae pro evictione actionis »].

(18) Se l'acquisto del possesso del compratore è messo in questione da una azione possessoria, e se egli resta soccombente, non può dirsi che sia stato evitto; piuttosto non ha avuto luogo in favor suo la tradizione; fr. 11, § 13, D. *de a. e. v.*, 19, 1 [« Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare « emptori, ut in lite de possessione potior sit : sed Iulianus — libro quinto decimo « digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus « non sit : erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur »]. Egli deve quindi « agire perchè gli venga procurato il possesso, e solo eventualmente per la pre« stazione del danno interesse. Cfr. però anche il fr. 38, § 3, D. *de V. O.*, 45, 1 « [« Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit « vel de usu fructu vel de usu vel de quo alio iure eius, quod distractum est, palam « est committi stipulationem : habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex « iure quod habuit »].

(19) Fr. 66 pr. *de c. e.*, c. 18, 1; fr. 15, § 1; fr. 39, § 5, D. *h. t.*, 21, 2 [fr. 66, cit. : « In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti

All'incontro per diritto comune il far valere vittoriosamente dei diritti fondiari non si considera come parziale evizione (20). Perciò il venditore è per essi responsabile solo, se egli abbia particolarmente promesso l'esenzione da ogni diritto fondiario, o almeno dai diritti della specie di quelli fatti valere; ovvero se egli abbia dolosamente taciuto l'esistenza di tali diritti fondiari (21).

« ne fundus evincatur aut usus fructus eius. quaedam ita demum, si dicta sint, « veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri : idem et in servitutibus « urbanorum praediorum »]; fr. 15, § 1, cit. : « Si usus fructus evincatur, pro « bonitate fructuum aestimatio facienda est. sed et si servitus evincatur, quanti « minoris ob id praedium est, lis aestimanda est »; fr. 39, § 5, cit. ; « Qui servum « venditum tradit et dicit usum fructum in eo Seii esse, cum ad Sempronium « pertineat, Sempronio usum fructum petente perinde tenetur, ac si in tradendo « dixisset usus fructus nomine adversus Seium non teneri. et si re vera Seii « usus fructus fuerit, legatus autem ita, ut, cum ad Seium pertinere desisset, « Sempronii esset, Sempronio usum fructum petente tenebitur, Seio agente recte « defugiet »]. Così pure il Cod. civ. germ.

(20) Tale è l'opinione dominante : essa si appoggia al fr. 59, D. *de contrah. empt.*, 18, 1 ; CELSUS, libro 8, *Digestorum* : « Cum venderes fundum, non dixisti « 'ita ut optimus maximusque' : verum est, quod Quinto Mucio placebat, non « liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. idem et in urbanis prae- « diis dicendum est ». Analogamente il fr. 75, D., *h. t.*, 21, 2; dichiara che si possa agire contro il venditore per i diritti fondiari, solo quando egli abbia consegnato il fondo come *optimus maximus*, cioè come esente da ogni servitù [fr.. 75, cit. : « Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacitae secutae sunt et vindi- « centur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem « teneri non posse : nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, « quod tacite soleat accedere : nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit « fundus : tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. si vero emptor petat « viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, acces- « surum iter vel actum : tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. et vera est « Quinti Mucii sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum « praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum « sit »] I ffr 61, D. *de aedilicio edicto*, 21, 1 e fr. 15, § 1, D, *h. t.*, 21, 2, addotti in contrario, determinano solo che cosa il venditore debba prestare, quando il compratore abbia una pretesa di evizione a causa di diritti fondiari, ma non si dichiarano punto sulla questione : « quando una tale pretesa possa essere fatta valere » [fr. 61, cit. : « Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet prae- « stare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam »; fr. 15, § 1, cit., riportato alla nota 19]. Così il WINDSCHEID, vol. II, § 391, nota 28. I moderni scrittori sono quasi tutti dell'opinione qui sostenuta : MÜLLER, pag. 185; VANGEROW, vol. III, § 610 ; BEKKER, pag. 268, ed i compendi giuridici di testo. Così pure Trib. Imp., vol. IV, pag. 194, vol. VII, pag. 174 ; *Rivista giuridica settimanale* [Iuristische Wochenschrift], 1892, pag. 319. In senso contrario il NEUSTETEL, nelle *Ricerche* [Untersuchungen] di lui e dello ZIMMERN, pagina 216. Pel Cod. civ. germ. il venditore è tenuto anche per l'esenzione da diritti fondiari.

(21) La mancata indicazione dei diritti fondiari noti al venditore non è in tutte le circostanze dolo — Trib. Imp., vol. IV, pag. 174, SEUFFERT, *Archivio*,

Tutto ciò non può applicarsi agli oneri reali. Anzi il venditore non è invero responsabile per quei pesi che gravano di regola, secondo la consuetudine locale, su cose della relativa specie, ma bensì per quelli non usuali, che non indicò al compratore, e che al medesimo erano rimasti ignoti (22).

d) Il venditore non è obbligato di regresso, se il compratore al tempo della vendita conosceva il diritto poziore dell'evincente (23).

Tanto meno se egli vendè « libero da obbligazioni », od almeno declinò la sua responsabilità per l'evizione. Nemmeno alla restituzione del prezzo pagato sarà allora tenuto, nel caso dell'evizione. Ma se egli conosceva il difetto del suo diritto, ed ottenne con le sue arti la rinunzia alla evizione, sarà, malgrado di tale rinunzia, responsabile di dolo verso del compratore (24).

---

vol. XLVIII, n. 83 — ma bensì solo quando il venditore sappia, che essi stanno in opposizione cogli scopi pei quali il compratore ne fece l'acquisto, per es., per utilizzare il fondo comprato come suolo edificatorio.

(22) Riguardo agli oneri reali cfr. c. 9, Cod. *de a. e. v.*, 4, 49 e fr. 21, § 1, fr. 41, D. *de a. e. v.*, 19, 1, donde però non si ricava un risultato sicuro. Vedi segnatamente il BEKKER. *loc. cit.*, pag. 277. Secondo il Cod. civ. germ., § 436, il venditore non è tenuto per la esenzione del fondo da pubbliche imposte, e da altri pubblici oneri, i quali non sono atti alla iscrizione nei libri catastali. Per le imposte e per gli oneri arretrati il venditore è responsabile se egli non li rimise al compratore. [c. cit.: « Si minor a venditore sive sciente sive ignorante dice- « batur capitatio praedii venditi et maior inventa sit, in tantum convenitur, « quanto, si scisset emptor ab initio, minus daret pretii. sin vero huiusmodi onus « et gravamen functionis cognovisset, nullam adversus venditorem habet actionem ». fr. 21, § 1 cit.: « Si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex « empto : quod si ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium « erat, non tenetur ». fr. 41 cit.: « In venditione super annua pensitatione pro « aquae ductu infra domum Romae constitutum nihil commemoratum est. deceptus « ob eam rem ex empto actionem habebit : itaque, si conveniatur ob pretium ex « vendito, ratio improvisi oneris habetur »].

(23) C. 27, Cod. *h. t.*, 8, 44. [« Si fundum sciens alienum vel obligatum com- « paravit Athenocles nec quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, « contra iuris poscit rationem. nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis « hoc reddi refragatur »]. Cod. civ. germ , § 439, cap 1°. Naturalmente ciò non si riferisce a quei casi, in cui il venditore abbia promesso la rimozione del diritto del terzo.

(24) Fr. 6, § 9, D. *de a. e v.*, 19, 1; fr. 69, § 5, D. *h. t.*, 21, 2; fr. 11, § 18, D. *de a. e. v.*, 19, 1. [fr. 6, § 9 cit.: « Si venditor sciens obligatum aut « alienum vendidisset et adiectum sit, ' neve eo nomine quid praestaret ', aesti- « mari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, « quod bonae fidei sit ». fr. 69, § 5 cit.: « Sed et si quis in venditione statuli- « berum perfusorie dixerit, condicionem autem libertatis celaverit, empti iudicio « tenebitur, si id nescierit emptor : hic enim exprimitur eum, qui dixerit statu- « liberum et nullam condicionem pronuntiaverit, evictionis quidem nomine non « teneri, si condicione impleta servus ad libertatem pervenerit, sed empti iudicio « teneri, si modo condicionem, quam sciebat praepositam esse, celavit : sicuti qui

2. Oggetto della pretesa del compratore evitto è il suo danno interesse (25).

Conformemente ai principii generali, questo deve commisurarsi secondo lo stato delle cose al tempo della sentenza sull'azione di regresso (26). Al riguardo deve stimarsi il valore, che la cosa com-

---

« fundum tradit et, cum sciat certam servitutem deberi, perfusorie dixerit: ' iti-
« nera actus quibus sunt utique sunt, recte recipitur ', evictionis quidem nomine
« se liberat, sed quia decepit emptorem, empti iudicio tenetur »]. Riguardo all'ultimo testo vedi gli scrittori citati in ARNDTS, § 303. SCHARFF, *La teoria della remissione della garanzia*; GREIFSWALD, 1888. [fr. 11, § 18 cit.: « ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*. « Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat
« praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venien-
« tesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes.
« nam si per se, non videtur id praestare ne alius evincat: proinde si evicta res
« erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est
« interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus, libro quinto decimo dige-
« storum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non
« fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non
« teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem
« ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evi-
« ctionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non
« deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor
« rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes
« istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor
« nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum
« iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore vel
« pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium
« praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit
« dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis
« relatam Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit »].
Cod. civ. germ., § 443. [« La convenzione, con la quale viene rimessa o circoscritta l'obbligazione della garanzia che incombe al venditore, a causa di un difetto di diritto, a tenore dei §§ 433 a 437, e 439 a 442, è nulla quando il venditore abbia dolosamente taciuto il difetto medesimo »].

(25) Caratteristico il § 440, cap. 1°, del Cod. civ. germ. [« Se il venditore non adempie le obbligazioni che a lui incombono, a tenore dei §§ 433 a 437, e 439, i diritti del compratore si determinano secondo il disposto dei §§ 320 a 327 »]. Devono essere per esso decisive le regole generali sui contratti bilaterali.

(26) Fr. 8, D. *h. t.*, 21, 2; c. 25, c. 29, Cod. *h. t.*, 8, 44 [fr. 8 cit., riportato alla nota 5; c. 25 cit.: « Si tibi liberam Saturninus condicionem eius igno-
« rans distraxit ac nunc eam defendit in libertatem, hac libera pronuntiata ven-
« ditorem vel ex stipulatione duplae, quantum in hanc deductum est, vel empti
« actione quanti tua interest convenire potes ». c. 29 cit.: « Si permutationis
« gratia praedia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit, his, quae in
« eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel cum
« eorum non haberet facultatem, evictis quanti interest eos conveniri posse
« rationis est »]. Non è punto decisivo, come dice il WINDSCHEID, vol. II, § 391, nota 34, il « tempo della evizione ». Le spese devono essere rifatte, c. 9, c. 16, Cod. *h. t.*, 8, 44, finchè esse ancora esistono, aumentano il valore della cosa, ed

prata aveva rispetto al compratore. Il prezzo della vendita non viene in considerazione (27).

---

il compratore non potè ottenere il risarcimento di esse dall' evincente. fr. 43, fr. 45 pr., § 1, D. *de a. e. v.*, 19, 1. Sul risarcimento delle spese vedi BEKKER, pag. 310. Se viene evitta una parte della cosa comprata, non si deve naturalmente stimare il valore di questa parte soltanto, ma si deve anche tener conto di quanto ciò che rimane al compratore sia diminuito nel valore, per effetto della parziale evizione. Nelle fonti si trovano delle regole particolari per l'evizione parziale, nel caso di una *duplae stipulatio*. Così segnatamente nel fr. 64, D. *h. t.*, 21, 2 cfr. su questo testo il BRINZ, vol. II, pag. 738. Le decisioni relative già nel diritto comune non avevano più valore pratico. [c. 9 cit. : « Si contro-« versia tibi possessionis, quam bona fide te emissa adlegas, ab aliquo movetur, « auctori heredive eius denuntia. et si quidem obtinueris, habebis quod emisti. « sin autem evictum erit, a venditrice successoreve eius consequeris, quanti tua « interest : in quo continetur etiam eorum persecutio, quae in rem emptam a te, « ut melior fieret, erogata sunt ». c. 16 cit.: « Super empti agri questione disce-« ptabit praeses provinciae et, si portionem diversae partis esse cognoverit, im-« pensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum « ratione restitui vobis iubebit. nam super pretio evictae portionis non eum qui « dominium evicerit, sed auctricem conveniri consequens est ». fr. 43 cit.: « Titius « cum decederet, Seiae Stichum Pamphilum Arescusam per fideicommissum reli-« quit eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret. « cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset nec tamen heredem a « sua petitione liberasset, heres eadem mancipia Sempronio vendidit nulla com-« memoratione fideicommissae libertatis facta : emptor cum pluribus annis man-« cipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit, et cum ceteri quoque « servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent et heredem « ad praetorem perduxissent, iussu praetoris ab herede sunt manumissi. Arescusa « quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. cum emptor pretium « a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est « responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur Arescusam pertinere ad rescri-« ptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere : emptorem « tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. ego cum memi-« nissem et Iulianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem « quoque empti actionem durare, quaero, quae sententia vera est. illud etiam in « ea cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his « quem erudierat fecerat, ei restituerentur. idem quaero, Arescusa, quae recusavit « emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta ? an possit vel lega-« tariam quae non liberavit vel heredem patronum habere ? nam ceteri duo ab « herede manumissi sunt. respondi : semper probavi Iuliani sententiam putantis « manumissione non amittitur eo modo. de sumptibus vero, quos in erudiendum « hominem emptor fecit, videndum est : nam empti iudicium ad eam quoque « speciem sufficere existimo : non enim pretium continet tantum, sed omne quod « interest emptoris servum non evinci. plane si in tantum pretium excedisse « proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas « agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit « pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem »... fr. 45 cit.: « idque et Iulianum agitasse Africanus refert : quod iustum est : sicut minuitur « praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evicitur. Illud « expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedifica-

Se la cosa passò per parecchie mani, da *A.* a *B.*, da *B.* a *C.*, — e *C.* viene evitto, *B.* ha il regresso contro *A.* per l'evizione del suo successore, e *C.* lo ha contro *B.* per la propria evizione. Contro *A.*, *C.* non ha un'immediata pretesa; il regresso non può farsi per salti. Ma *B.* è obbligato a cedere al suo successore *C.* la sua pretesa contro il suo antecessore *A.* (28).

« vero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi « impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut « ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, « si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas « praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto « habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum ven- « diderit, omnimodo teneri debet ». fr. 64 cit.: PAPINIANUS, libro 7, *quaestionum.* « Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. si postea pro indiviso « ducenta evincatur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur: « nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit. si totus fundus quem « flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non « magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et « e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta: 1) Quod « si modo terrae integro qui fuerat traditus ducenta iugera per alluvionem acces- « serunt ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta « praestabitur, ac si sola ducenta de de illis mille iugeribus quae tradita sunt fuis- « sent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor; 2) Quaesitum est, « si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi « ducenta attulisset ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro quarta « parte auctor teneretur. dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta « mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur « auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: « nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae « regionis esse intellegi; 3) Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, « tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro « bonitate regionis praestatur evictio; 4) Qui unum iugerum pro indiviso solum « habuit, tradidit, secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, « sed partem dimidiam iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum simi- « liter tradidisset »].

(27) Fr. 70, D. *h. t.*, 21, 2, fr. 66, § 3, D. *eod.* [fr. 70 cit.: « Evicta re ex « empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest « competit: ergo et, si minor esse coepit, damnum emptoris erit ». fr. 66 cit.: « Divisione inter coheredes facta si procurator absentis interfuit et dominus ratam « habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum qui « negotium absentis gessit, ut quanti sua interest actor consequatur, scilicet aut « melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divi- « sionis aestimatus, deminuat vel excedat »]. Il danno interesse nel caso di diminuzione del valore della cosa, può essere più basso del prezzo della vendita.

(28) Fr. 61, fr. 39, § 1, fr. 71, D. *h. t.*, 21, 2. [fr. 61, riportato alla nota 20; fr. 39, § 1 cit.: « Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio « eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: « si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine « voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publi-

Il regresso del compratore contro il venditore non rimase circoscritto ai casi dell'evizione.

Egli può anzi pretendere il suo danno interesse in tutti i casi, nei quali sofferse degli svantaggi patrimoniali, a causa del diritto difettoso del venditore. Così particolarmente se egli divenne l'erede del proprietario, avendo allora invano sborsato il prezzo della vendita, come pure se la cosa stessa gli sia stata legata o donata (29), od anche se egli l'abbia comprata dal vero proprietario, per es., per rimuovere le pretese dello stesso (30). Perfino allora non devesi rifiutargli l'azione d'indennizzo, quando in seguito apprenda che la cosa venduta appartiene ad un terzo, dimodochè egli perde la qualità di possessore

---

« ciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur: quare venditor « quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere. « alias autem si servus hominem emerit et duplam stipuletur, deinde eum vendi- « derit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in « solidum competit actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio. « denuntiare vero de evictione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto « homine utiliter de peculio agere poterit: sin autem servus decesserit, tunc « domino denuntiandum est ». fr. 71 cit.: « Pater filiae nomine fundum in dotem « dedit: evicto eo an ex empto vel duplae stipulatio committatur, quasi pater « damnum patiatur, non immerito dubitatur:... interest enim patris filiam dotatam « habere et spem quandoque recipiendae dotis, utique si in potestate sit. quod si « emancipata est, vix poterit defendi statim committi stipulationem, cum uno « casu ad eum dos regredi possit. numquid ergo tunc demum agere possit, cum « mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? « an et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire pro- « missorem possit? quod magis paterna affectio inducit »].

(29) Fr. 41 pr., § 1, D. *h. t.*, 21, 2; fr. 13, § 15, D. *de a. e. v.*, 19, 1; Paul., II, 17, § 8 [fr. 41 pr., § 1 cit.: « Si ei cui vendidi et duplam promisi, « cum ipse eadem stipulatione mihi cavisset, heres exstiterim, evicto homine nulla « parte stipulatio committitur: neque enim mihi evinci videtur, cum vendiderim « eum, neque ei cui me promissorem praestarem, quoniam parum commode dicar « ipse mihi duplam praestare debere. 1) Item si domino servi heres exstiterit « emptor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non com- « mittitur duplae stipulatio. his igitur casibus ex empto agendum erit »; fr 13, § 15 cit.: « Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus « factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit »; Paulus, *loc. cit.*: « Fundum alienum mihi vendidisti: postea idem ex causa lucrativa meus « factus est: competit mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto »]. Cod. civ. germ., § 440, cap. 3° [« Alla consegna della cosa al terzo è parificato « il caso in cui il terzo divenga erede del compratore, o questi del terzo, ovvero « se il compratore altrimenti acquisti il diritto del terzo, o lo sodisfi »].

(30) Fr. 29 pr., D. *h. t.*, 21, 2: [« Si rem, quam mihi alienam vendideras, « a domino redderim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium « consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, « quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem »]. Codice civ. germ., § 440, capo 3°.

di buona fede (31-32). Ma naturalmente in simili casi il compratore deve dare la prova al venditore, che il terzo aveva sulla cosa un diritto poziore del venditore.

Ancora più oltre va il Cod. civ., germ. (33). Per esso il venditore è obbligato a procurare al compratore la cosa in proprietà, e libera da diritti di terzi.

---

(31) Tale è essenzialmente il punto di vista dell'ECK, *L'obbligazione diretta alla concessione del diritto di proprietà* [Die Verpflichtung zur Gewährung des Eigenthumes], 1874. Certo i Romani si attennero al principio formulato da AFRICANO, libro 8 *quaestionum*, fr. 30, § 1, D. *de act. e. v.*, 19, 1: « Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut « eius faciat ». Ma, come ECK (*loc. cit.*, pag. 25) ha dimostrato, i Romani in molte decisioni sono usciti oltre i confini di quella regola. In particolare il venditore, in conseguenza del suo dolo, quando egli abbia scientemente venduto al compratore una cosa altrui, è tenuto a causa dell'interesse, che il compratore ha all'acquisto della proprietà: fr. 30, § 1, fr. 45, § 1, D. *de a. e. v.*, 19, 1. I Romani non hanno ricondotto sotto un unico principio quelle singole decisioni. Ma si rende giustizia alle loro tendenze, ed in ogni caso al modo di concepire della vita moderna, se, con Eck, si accorda sempre al compratore un'azione contro il venditore, nel caso che venne leso il suo interesse per non essergli stata procurata la proprietà [fr. 30, § 1 cit.: « Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam « evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit « meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus « teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum « malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam igno- « ranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit »; fr. 45, § 1 cit., riportato alla nota 26].

(32) Se la cosa sottoposta all'evizione sia perita prima dell'evizione per caso fortuito, il compratore nulla può richiedere dal venditore, salvochè questo sia responsabile per dolo. Fr. 21 pr., D. *h. t.*, 21, 2; c. 26, Cod. *h. t.*, 8, 44 [fr. cit.: « Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non commit- « titur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis: de dolo tamen poterit « agi, si dolus intercesserit »; c. cit.: « Si quis tibi servum vendidit, postquam « is rebus humanis exemptus est, cum evictionis periculum finitum sit, a te con- « veniri non potest »]. Cfr. però Cod. civ. germ., § 440, cap. 2° in fine [Se è « stata venduta una cosa mobile, e consegnata al compratore allo scopo del « trasferimento della proprietà, il compratore, a causa di un diritto di un terzo « che autorizzi questi al possesso della cosa, può domandare il risarcimento dei « danni, pel mancato adempimento, solo quando egli abbia consegnato la cosa al « terzo, in considerazione del diritto di lui, o abbia restituito la cosa al venditore, « ovvero quando essa sia perita »].

(33) Cod. civ. germ., §§ 433, 434. [§ 433: « Mediante il contratto di vendita il venditore di una cosa è obbligato a consegnare al compratore la cosa e a procurargli la proprietà di essa. Il venditore di un diritto è obbligato a procurare al compratore il diritto, e, se questo autorizzi al possesso di una cosa, a consegnare la cosa stessa. — Il compratore è obbligato a pagare al venditore il prezzo convenuto, e a ritirare la cosa comprata ». § 434: « Il venditore è obbligato a procurare al compratore l'oggetto comprato libero da diritti, che possano esser fatti valere da terzi contro il compratore »].

4. Il regresso ha luogo non solo nella vendita, ma anche nella permuta, nella divisione, nella transazione, e in generale in tutti i casi di alienazione a titolo oneroso (34).

§ 100. — **Responsabilità per le qualità promesse e pei vizi** (1).

Secondo i principii generali di diritto, il venditore è obbligato verso il compratore alla prestazione del danno interesse, in primo luogo se egli promise alcune qualità della cosa venduta, di cui questa difetta, e poi se egli alla conclusione del contratto conosceva i vizi di essa, e colposamente li tacque (2-3).

Accrebbe gli obblighi del venditore il diritto edilizio, costituito dalle regole particolari, che si vennero sviluppando in connessione cogli editti degli edili curuli.

Gli edili, per l'esercizio della loro giurisdizione sul mercato, avevano emanato anzitutto degli editti per le vendite degli schiavi, poi anche per le vendite del bestiame da tiro (4), e la giurisprudenza dell'epoca imperiale applicò le norme di essi a tutte le vendite (5).

---

(34) Cod. civ. germ., § 445: [« Le disposizioni dei §§ 433 a 444 trovano corrispondente applicazione agli altri contratti, i quali sono diretti all'alienazione od all'aggravio della cosa a titolo oneroso »]. In quei contratti, i quali non hanno un rigoroso carattere commerciale, come ad esempio la permuta occasionale, spesso una obbligazione alla prestazione dell'intero danno interesse, starà fuori dell'intenzione delle parti contraenti, e non dovrà quindi ammettersi. Cfr. Bernhöft, in Bekker e Fischer, *Contributi alla spiegazione del Cod. civ.*, [Beiträge zur Erläuterung des bürgerlichen Gesetzbuchs], fasc. 12, pag. 10.

(1) Tit. Dig. *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*, 21, 1; Cod. *de aediliciis actionibus*, 4, 58. Neustetel, nelle *Ricerche* [Untersuchungen] sue e dello Zimmern, n. 9; Unterholzner, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. VI, n. 3; Ermanno Keller, negli *Annali* del Sell, vol. III, pag. 86; Bechmann, *La compravendita*, vol. I, pag. 391; Hanausek, *La responsabilità del venditore per la qualità della merce* [Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare], 1883-87.

(2) Tali principii valevano già al tempo di Cicerone nel commercio dei fondi: *de officis*, III, cap. 16, § 65. Cfr. sul diritto antico il Bechmann, vol. I, pag. 192. Il Cod. civ. germ., § 463, dispone: « Se alla cosa comprata manchi al tempo della vendita una qualità assicurata, il compratore può... richiedere il risarcimento dei danni per mancato adempimento. Lo stesso principio vale se il venditore abbia dolosamente taciuto un difetto ».

(3) Si riporti già a questo punto la seguente decisiva sentenza: fr. 13 pr. D. *de a. e. v.*, 19, 1: « Ulpianus libro 32 *ad edictum*: Iulianus libro 15, « inter eum, « qui sciens aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: « ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans « fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, « si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detri« menta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei; sive igitur aedes « vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi « pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum ».

(4) Fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 21, 1: — editto degli schiavi; — fr. 38 pr., D. *eod.*: — dal Bechmann, *loc. cit.*, detto editto dei giumenti. [Fr. 1, § 1 cit.:

Così si è stabilita la responsabilità del venditore a causa delle qualità promesse, e dei vizi occulti (6).

« Aiunt aediles : ‘ Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi « vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit : eademque « omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. quodsi mancipium « adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, « fuisset, quod eius praestari oportere dicetur : emptori omnibusque ad quos ea res « pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si quid autem post ven- « ditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius « factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si « quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad « emptorem, ut ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut « recipiat. item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consci- « scendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intro- « missus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium « dabimus. hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur « iudicium dabimus ’»; fr. 38 cit : « Aediles aiunt : ‘ Qui iumenta vendunt, palam « recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata « vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit, de « ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus « sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel « quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. si iumenta paria « simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium « dabimus, quo utrumque redhibeatur ’»].

(5) Fr. 1 pr.; fr. 63, D. *h. t.*. 21. 1; fr. 11, § 3, D. *de a. e. v.*, 19, 1. [Fr. 1 pr. cit.: « Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum « esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut semoventes »; fr. 63 cit. : « Sciendum est ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum « mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. cur autem de locationibus nihil « edicatur, mirum videbatur : haec tamen ratio redditur vel quia nunquam istorum « de hac re fuerat iurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt »; fr. 11, § 3 cit.: « Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus « putant et nos probamus »]. Wlassak, *Per la storia della* « negotiorum gestio » [Zur Geschichte der *n. g.*] pag. 169; Hanausek, *loc. cit*, pag. 55.

(6) Numerose disposizioni dell'editto erano connesse a specifiche consuetudini romane del commercio, e non sono perciò state ricevute. *a*) Il venditore entro due mesi dopo la vendita doveva promettere espressamente al compratore la mancanza di difetti : fr. 28, D. *h. t*, 21, 1; fr. 11, § 4, D. *de a. e. v.*, 19. 1; cfr. anche fr. 62, D. *h. t.* Questa stipulazione di garanzia a causa dei difetti soleva andar congiunta con la *stipulatio duplae* per l'evizione; però di regola non era diretta al doppio, ma sibbene al danno interesse : cfr. fr. 31, D. *de evict.*, 21, 2. Degli esempi si trovano in Bruns, *Fontes, ed.* VI, pag. 288; vedi anche Hermes, vol. XIX, pag. 419. Per il caso della mancata prestazione della stipulazione di garanzia il compratore poteva risolvere la vendita con una *actio redhibitoria*. In Germania tale azione è del tutto sconosciuta : Hanausek, vol. I, pag. 79. Veramente il Windscheid, vol. I^{I}, § 394, n. 4 e nota 17, ritiene che la prova « di una consuetudine abolitrice non sia stata offerta ». *b*) Il compratore ha un'azione redibitoria entro due mesi, se insieme col bestiame venduto non gli siano stati consegnati gli *ornamenta* di questo : fr. 38 pr., § 11, D. *h. t.*, 21, 1. Anche ciò ritenne il Windscheid, vol. 88, § 395, nota 5, come accolto dal diritto comune.

a) Il venditore, secondo il diritto edilizio, è responsabile non solo per le qualità della cosa promesse, ma anche per tutte quelle addotte nelle trattative e nella preparazione di queste: per i *dicta* come per i *promissa*, in quanto il compratore ignorasse l'inesattezza di quelle dichiarazioni (7). Ma le vaghe amplificazioni, che nel com-

---

Ma al bestiame che si espone in vendita non si pone in Germania alcun ornamento, e, se pure così fosse, tale ornamento non verrebbe insieme venduto. *c*) In parecchi casi il venditore che contravveniva all'editto era condannato nel doppio. Tale era segnatamente il caso quando egli, nell'*actio redhibitoria*, malgrado della sentenza di restituzione pronunziata dal giudice, portava le cose sino alla *condemnatio* in danaro; se egli si uniformava all'*arbitrium de restituendo*, non doveva più prestare altro. Così deve intendersi il fr. 45, D. *h. t.* Vedi Eck, nelle *Pubblicazioni festive per Beseler*, [Festgaben für Beseler] pag. 187. Il Windscheid, vol. II, § 263, nota 15, e § 394, nota 11, riteneva anche come accolta nel diritto comune la condanna del venditore nel doppio, « quando questi sino alla sentenza non adempie le sue obbligazioni ». [Fr. 28 cit.: « Si venditor de his quae edicto « aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium « intra duos menses vel quanti emptoris intersit intra sex menses »; fr. 11, § 4 « cit.: « Animalium quoque venditor cavere debet ea sana praestari, et qui « iumenta vendidit solet ita promittere ' esse bibere, ut oportet ' »; fr. 62 « cit: « Ad res donatas edictum aedilium curulium non pertinere dicendum « est: etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pre- « tium interveniat? quid ergo si res ab eo cui donata est melior facta sit, « numquid quanti eius qui meliorem fecit interest donator conveniatur? quod « minime dicendum est, ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur. « itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quae in rebus vena- « libus aediles repromitti iubent. sane de dolo donator obligare se et debet et solet, « ne quod benigne contulerit fraudis consilio revocet »; fr. 31 cit.: « Si ita quis « stipulanti spondeat ' sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse ' et « cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, « impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius « hanc stipulationem ' furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse ' utilem « esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non « esse. sed et si cui horum fuerit adiectum ' praestari ', multo magis valere sti- « pulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod « utique nemo sanus probabit »; fr. 38 pr., riportato alla nota 4; § 11, *eod. fragm.*: « Vendendi autem causa ornatum iumentum videri Caelius ait non, si « sub tempus venditionis, hoc est biduo ante venditionem ornatum sit, sed si in « ipsa venditione ornatum sit, aut ideo, inquit, venale cum esset sic ornatum « inspiceretur: semperque cum de ornamentis agitur, et in actione et in edicto « adiectum est: ' vendendi causa ornata ducta esse ': poterit enim iumentum « ornatum itineris causa duci, deinde venire »; fr. 45 cit.: « Redhibitoria actio « duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum con- « demnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum « qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari « iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obli- « gatus est liberet, simpli videtur condemnari »].

(7) Fr. 19, § 2, D. *h. t.*, 21, 1; fr. 17, § 20; fr. 18, D. *eod.*; cfr. Bechmann, *loc. cit.*, 408 [fr. 19, § 2, cit.: « Dictum a promisso sic discernitur: dictum acci- « pimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum

mercio in generale si considerano solo come semplici modi di dire, sono giuridicamente prive di valore (8).

« autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad « sponsum. secundum quod incipiet is, qui de huiusmodi causa stipulanti spo- « pondit, et ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus: non novum, « nam et qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus con- « veniri potest »; fr. 17, § 20, cit.: « Si quis adfirmaverit aliquid adesse servo « nec adsit, vel abesse et adsit, ut puta si dixerit furem non esse et fur sit, si « dixerit artificem esse et non sit: hi enim, quia quod adseveraverunt non prae- « stant, adversus dictum promissumve facere videntur »; fr. 18, cit.: « Si quid « venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut « redhibitorio aut aestimatorio (id est quanti minoris) iudicio agere potest: verbi « gratia si constantem aut laboriosum aut curracem vigilacem esse, aut ex fru- « galitate sua peculium adquirentem adfirmaverit, et is ex diverso levis protervus « desidiosus somniculosus piger tardus comesor inveniatur. haec omnia videntur « eo pertinere, ne id quod adfirmaverit venditor amare ab eo exigatur, sed cum « quodam temperamento, ut si forte constantem esse adfirmaverit, non exacta « gravitas et constantia quasi a philosopho desideretur, et si laboriosum et vigi- « lacem adfirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur, « sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. idem et in ceteris quae « venditor adfirmaverit intellegemus. Venditor, qui optimum cocum esse dixerit, « optimum in eo artificio praestare debet: qui vero simpliciter cocum esse dixerit, « satis facere videtur, etiamsi mediocrem cocum praestet. idem et in ceteris gene- « ribus artificiorum. Aeque si quis simpliciter dixerit peculiatum esse servum, « sufficit, si is vel minimum habeat peculium »] Le dichiarazioni del venditore, riguardo al contenuto del fondo venduto, devono di regola concepirsi come assicurazione di una qualità. Cfr. fr. 2 pr., fr. 4, § 1; fr. 6 pr., fr. 13, § 14; fr. 22, fr. 42, D. *de a. e. v.*, 19. 1; fr. 69, § 6, D. *de evic.*, 21, 2 [fr. 2, cit.: « Si in « emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio »; fr. 4, cit.: « Si modus agri minor inveniatur, pro numero iugerum auctor obligatus est, quia, « ubi modus minor invenitur, non potest aestimari bonitas loci qui non extat. « sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed « etiam de partibus eius, ut puta si dictum est vineae iugera tot esse vel oliveti « et minus inveniatur: ideoque his casibus pro bonitate loci fiet aestimatio »; fr. 6, cit.: » Tenetur ex empto venditor, etiamsi ignoraverit minorem fundi modum « esse »; fr. 13, cit.: « Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendi- « derit et in lege emptionis dictum est in fundo centum esse iugera et antequam « modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii « sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat « adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus pur- « gatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere »; fr. 22, cit.: « Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo eius, tamen tenetur « emptori: pone enim dixisse eum quinquaginta iugera esse vineae et quinqua- « ginta prati et in prato plus inveniri, esse tamen omnia centum iugera »; fr. 42, cit.: « Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit « et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alteri aliquid desit, quamvis in altero « exsuperet, forte si dixit unum centum iugera, alterum ducenta habere, non « proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. « et de his ita apud Labeonem relatum est. sed an exceptio doli mali venditori « profutura sit, potest dubitari, utique si exiguus modus silvae desit et plus in

b) Il venditore è responsabile inoltre per difetti della cosa non indicati, cioè per quelle deviazioni dalla sua comune qualità, che ne pregiudicano la idoneità o la vendibilità (9-10). Ma pei difetti visi-

---

« vineis habeat, quam repromissum est. an non facit dolo, qui iure perpetuo « utitur? nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum « est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet: et tunc tenetur ven- « ditor, cum minor modus invenitur. videamus tamen, ne nulla querella sit emptoris « in eodem fundo, si plus inveniat in vinea quam in prato, cum universus modus « constat. similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et « si quis duos statuliberos uno pretio vendat et dicat unum decem dare iussum, « qui quindecim dare debebat: nam et hic tenebitur ex empto actione, quamvis « emptor a duobus viginti accepturus sit. sed rectius est in omnibus supra scriptis « casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo « sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri »; fr. 69, § 6, cit.: « In fundo vendito « cum modus pronuntiatus deest, sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum « est ex omnibus iugeribus dictis »]. Nondimeno esse possono servire solo per un generale criterio, senza che debbano essere obbligatorie. Risulta particolarmente dalle consuetudini locali, in quale senso le dichiarazioni siano state fatte. Cfr. Cod. civ. germ., § 468 [Se il venditore di un fondo assicura al compratore una determinata estensione del fondo medesimo, egli è tenuto per tale estensione, come per una qualità assicurata. Nondimeno il compratore può solo allora domandare la redibizione per la mancanza dell'estensione assicurata, quando tale difetto sia così rilevante, che l'adempimento del contratto non abbia più alcun interesse per il compratore »].

(8) Fr. 19 pr., D. *h. t.*, 21, 1; Ulpianus, libro 1, *ad edictum aedilium curulium*: « Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, « scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum « dicto audientem. ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi « causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit »; fr. 19, § 3, D. *eod.* [« Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecumque « sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur »]; Hanausek, *loc. cit.*, vol. I, pag. 76, nota 4.

(9) Il fr. 1, § 8, D. *h. t.*, 22, 1, parla solo di mancanza d'idoneità all'uso; Ulpianus, libro 1, *ad edictum aedilium curulium*: « Proinde si quid tale fuerit « vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, ic dabit redhi- « bitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum « efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur ». È parificato però il caso in cui sia pregiudicata la commerciabilità della merce. Cfr. però Hanausek, *loc. cit.*, vol. I, pag. 69. Riguardo al Cod. civ. germ., § 459, cfr. nota 10.

(10) Il Windscheid, *La teoria romana del presupposto*, [Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung] n. 73, *Pandette*, vol. II, § 395, cerca di ricondurre le azioni edilizie sotto il concetto del « presupposto «. Contro di lui il Crome, *Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXVIII, n, 4, ed a ragione. Il loquace compratore compra un cavallo da sella, e dichiara all' atto della compera che egli vuole attaccarlo anche come cavallo da tiro. Potrà restituirlo, se esso non vi si abitui, malgrado che del rimanente sia senza difetti? Il venditore adempie al suo dovere, quando la cosa è obiettivamente buona, e quando risultano vere le sue assicurazioni. Peraltro a lui non importa ciò che il compratore si aspetti e presupponga. Così in ogni caso secondo il diritto comune. Nondimeno il

bili il compratore non ha pretese, se la cosa era presente al momento della vendita, o se egli già prima l'avesse visitata (11).

Le pretese stabilite dagli edili non sono dipendenti dal fatto, che il venditore conoscesse o avesse potuto conoscere i vizi della cosa (12). Esse hanno luogo, per es., anche quando il bestiame venduto era ammalato al tempo della conclusione del contratto, ma la malattia non ancora poteva riconoscersi. Però esse conducevano solo all'annullamento del negozio, od alla diminuzione del prezzo, ma non mai al risarcimento dell'intero danno interesse del compratore, per es., del danno del contagio del suo bestiame di stalla, cagionato dall'animale comprato (13).

Si tratta dunque di una specie di accomodamento delle pretensioni di ambo le parti (14).

Cod. civ. germ., § 459, dispone: Il venditore di una cosa è responsabile verso il compratore, che la cosa, al momento in cui il rischio passa al compratore, non sia affetta da vizi, i quali ne diminuiscano il valore o l'idoneità all'uso comune, od a quello presupposto a tenore del contratto.

(11) Fr. 14, § 10, in fine, D. *h. t.*, 21, 1; Ulpianus, libro 1, *ad edictum aedilium curulium...* « ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium « probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit »; fr. 1, § 6, *eod.*, [fr. 1 § 6 cit.: « Si intellegatur vitium morbusve mancipii (ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia), potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur »]. Cod. civ. germ., § 460; cfr. anche § 464 [§ 460: « Il venditore non deve rispondere del difetto della cosa venduta, se il compratore conosca tale difetto alla conclusione del contratto. Se al compratore sia rimasto sconosciuto un difetto della specie designata al § 459, capoverso 1°, in conseguenza di grave negligenza, il venditore, che non abbia assicurato la mancanza del difetto medesimo, è tenuto solo se egli abbia dolosamente taciuto tale difetto »; § 464: « Se il compratore accetta una cosa difettosa, sebbene egli conosca il difetto, le pretese di cui ai §§ 462, 463 gli competeranno solo se egli, al momento dell'accettazione, abbia fatto riserva dei suoi diritti a causa del difetto »].

(12) Fr. 1, § 2, D. *h. t.*, 21, 1 [« Causa huius edicti proponendi est, ut occur« ratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a ven« ditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles « praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota « habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia vendi« toris an calliditate »].

(13) Cfr. il fr. 13 pr., D. *de a. e. v.*, 10, 1, sopra riportato alla nota 3.

(14) Il venditore, il quale in buona fede abbia designato come esistente una qualità della cosa venduta, o abbia negato la esistenza di un difetto, senza però aver prestato una particolare promessa di garanzia, è egli responsabile verso il compratore, nel caso d'inesattezza delle sue dichiarazioni, dell'intero danno-interesse? Così ritiene Hanausek, *loc. cit.*, pag. 48 sgg., ed anche il Windscheid, vol. II, § 395, nota 3. Ma questa teoria sta in contradizione coi principii che Giuliano sviluppa nel fr. 13 pr., D. *de a. e. v.*, 19, 1, sopra nota 3. Essa sarebbe dura ed anche incoerente. Se viene venduto un capo di bestiame, il quale apparentemente è sano, ma che, senza che il compratore lo sappia, è già affetto da

§ 101. — Le azioni edilizie in particolare.

Secondo il diritto edilizio il compratore, per le false dichiarazioni e pei vizi occulti, ha la scelta tra l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* (1).

1. L'*actio redhibitoria*, azione redibitoria, ha per iscopo l'annullamento del negozio tra il compratore ed il venditore (2).

---

una malattia, si ammette che il venditore non debba rispondere verso del compratore, del danno pel contagio del suo bestiame. Dovrà essere altrimenti, se il venditore sinceramente, ma senza però assumere espressamente una garanzia, abbia osservato che l'animale offerto in vendita sia completamente sano? Contro di ciò sta anche il fr. 45, D *de c. e.*, 18, 1 [fr. 45, D. 18, 1 cit.: « Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere « ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sen« tentiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem igno« rabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo « contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, « tenetur, ut aurum quod vendidit praestet »]. Vedi Pernice, *Labeone*, vol. II, Parte I, pag. 324. Bisogna invero concedere, che il fr. 6, § 4, D. *de a. e. v.*, 19, 1 [rip. al § 45, nota 6], ed il fr. 21, § 2, D. *eod.*, non concordano esattamente con la distinzione di Giuliano, talchè deve ammettersi che essi non l'abbiano riconosciuta, ovvero abbiano presupposto un errore inescusabile del venditore, errore nel fatto assai presumibile negli esempi da loro esaminati. [fr. 21, § 2 cit.: « Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissen« tiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse « deceptum, et si venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, « quae non sunt ». Dello stesso avviso è il Crome, *loc. cit.*, pag. 140. Diversamente Francesco Leonhard, *La responsabilità del venditore per la colpa nella conclusione del contratto* [Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden bei Vertragsschlüssen]. Diss. Univ. di Gottinga, 1896. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 463, ed anche più sopra, § 99, nota 34 [§ 463, cit. : « Se alla cosa venduta manchi al tempo della vendita una qualità assicurata, il compratore invece della redibizione o della diminuzione del prezzo, può chiedere il risarcimento dei danni per il mancato adempimento. Lo stesso vale se il venditore abbia dolosamente taciuto un difetto »].

(1) Anche il Cod. civ. germ. al § 462 dà al compratore le due azioni a scelta, ma però nelle vendite di bestiame, secondo il § 487 (cfr. § 481), il compratore può chiedere solo la redibizione, non la dimiminuzione. Vedi ivi le particolari disposizioni sulla responsabilità a causa dei difetti del bestiame: §§ 481 sgg.

(2) Fr. 23, § 7, D. *h. t.*, 21, 1 : « Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis « utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere « debere » : fr. 23, § 1 ; fr. 60, D. *eod.* [Fr. 23, § 1 cit.: « Iubent aediles restitui « et quod venditioni accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque « resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio « facta non esset » ; fr. 60 cit.: « Facta redhibitione omnia in integrum resti« tuuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit »]. Veramente non vengono punto rimosse tutte, anche le lontane conseguenze della vendita,

a) Essa persegue particolarmente la restituzione del prezzo pagato (3), e inoltre la rifazione degl'interessi al saggio locale, dal tempo del pagamento (4).

b) Per converso il compratore deve di regola rendere la cosa comprata con le pertinenze di essa, come pure i frutti e tutto ciò che essa altrimenti produsse (5), così pure deve risarcire la diminuzione di

---

anzi si è rimasti entro certi confini, com'era corrispondente al concetto fondamentale di un accomodamento tra le protese: fr. 17, § 2, D. *de furtis*, 47, 2. [« Cum « autem servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea « causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset, sed et fuit et desiit, « idcirco dicit Sabinus eum, si furtum fecit, in ea esse causa, ut furti eius nomine « is qui redhibuit agere non possit. sed etsi non possit, attamen ratio haberi « debet eius quod fecit, cum redhiberi coeperit, idque actione redhibitoria con- « tinetur »]. S'intende da sè, che si tratti di pretese personali, e non già reali, contro terzi. Cfr. ancora DEHN, *L'a.* redhibitoria *nella sua funzione come azione di risarcimento* [Die *a. r.* in ihrer Funktion als Schadensersatzklage], 1896.

(3) Fr. 27, D. *h. t.*, 21, 1. [« Debet autem recipere pecuniam, quam dedit « pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. dari autem non id solum acci- « piemus, quod numeratur venditori, ut puta pretium et usuras eius, sed et si « quid emptionis causa erogatum est. hoc autem ita demum deducitur, si ex « voluntate venditoris datur: ceterum si quid sua sponte datum esse proponatur, « non imputabitur: neque enim debet quod quis suo arbitrio dedit a venditore « exigere. quid ergo, si forte vectigalis nomine datum est, quod emptorem forte « sequeretur? dicemus hoc quoque restituendum: indemnis enim emptor debet « discendere »]. Se il prezzo della vendita non sia stato ancora pagato, il compratore deve essere liberato dal suo debito, « sive ipsi venditori obligatus est, sive « etiam alii ». fr. 29, § 1, D. *h. t.*, 21, 1.

(4) Fr. 29, § 2 D. *h. t.*, 21, 1; cfr. 27, § 1 D. *de minor*, 4, 4, e più sopra § 30, nota 1. [fr. 29, § 2 cit.: « Condemnatio autem fit, quanti ea res erit: ergo « excedet pretium an non, videamus. et quidem continet condemnatio pretium « accessionesque. an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat « accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? et placet consecuturum ». fr. 27. § 1 cit.. riportato al § 29, nota 7]. Così pure il Cod. civ. germ., § 347, periodo finale. [« La pretesa al risarcimento del danno pel deterioramento, pel « perimento o per l'impossibilità della consegna, verificatasi per un'altra causa, « si determina, nel caso della risoluzione del contratto, dalla recezione della « prestazione in poi, secondo le norme che valgono riguardo al rapporto tra il « proprietario ed il possessore, dall'inizio della litispendenza della pretesa sulla « proprietà. Lo stesso vale della pretesa alla restituzione o all'indennizzo di van- « taggi, e della pretesa al rimborso di spese Una somma di danaro produce inte- « ressi dal tempo della recezione »].

(5) Fr. 23, § 9, fr. 24; fr. 31, §§ 2-4; fr. 33, D. *h. t.*, 21, 1: [fr. 23, § 9 cit.: « Cum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit vel culpa eius « non pervenit, restitui oportet, non solum si ipse fructus percepit mercedesve « a servo vel conductore servi accepit, sed etiam si a venditore fuerit idcirco « consecutus, quod tardius ei hominem restituit: sed et si a quovis alio posses- « sore fructus accepit emptor, restituere eos debebit: sed et si quid fructuum « nomine consecutus est, id praestet: item si legatum vel hereditas servo obve- « nerit. neque refert, potuerit haec consequi venditor an non potuerit, si servum

valore, che la cosa ha subìto per colpa di lui, o della sua gente (6). Questa è la condizione dell'effettuazione della sua pretesa. Nondimeno, malgrado della restituzione fattagli del prezzo, egli può ritenere ancora la cosa, finchè non gli vengano rimborsate anche le spese, che sopportò per essa (7-8).

« non vendidisset: ponamus enim talem esse, qui capere aliquid ex testamento « non potuerat: nihil haec res nocebit. Pedius quidem etiam illud non putat esse « spectandum, cuius contemplatione testator servum heredem scripserit vel ei « legaverit, quia et si venditio remansisset, nihil haec res emptori proderat: et « per contrarium, inquit, si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen « diceremus restituere emptorem non debere venditori, si nollet eum redhibere »; fr. 24 cit.: « Et generaliter dicendum est, quidquid extra rem emptoris per eum « servum adquisitum est, id iustum videri reddi oportere »; fr. 31, §§ 2-4 cit.: « Si ancilla redhibeatur, et quod ex ea post venditionem natum erit reddetur, sive « unus partus sit sive plures. Sed et si forte ususfructus proprietati adcreverit, « indubitate hic quoque restituetur. Si peculium quaesiit apud emptorem, quid « de hoc dicemus? et si quidem ex re emptoris accessit, dicendum est apud ipsum « reliquendum, si aliunde crevit, venditori restituendum est »; fr. 33 citato: « Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum « esse dictum est tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit quod « principaliter veniit: nam iure civili, ut integra sint quae accessura dictum fuerit, « ex empto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint. sed hoc ita, si « certum corpus accessurum fuerit dictum: nam si servus cum peculio venierit, « ea mancipia quae in peculio fuerint sana esse praestare venditor non debet, quia « non dixit certum corpus accessurum, sed peculium tale praestare oportere, et « quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc. « eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas aut peculium « servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in « hereditate aut in peculio. idem probat et si fundus cum instrumento venierit « et in instrumento mancipia sint. puto hanc sententiam veram, nisi si aliud spe- « cialiter actum esse proponatur. Si vendita res redhibeatur, servus quoque qui « ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur »].

(6) Fr. 31, §§ 11, 12, D. *h. t.*, 21, 1. [« Si mancipium quod redhiberi oportet « mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel pro- « curatoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus « est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret. Culpa omnem acci- « piemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcumque occasionem « morti emptor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari « possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua »]. L'editto parlava solo del danno sorto « opera familiae procuratorisve eius » cioè per il fatto di costoro — Hanausek, *loc. cit.*, pag. 144 —, ma i giuristi lo interpretarono come il danno cagionato da colpa: fr. 48 pr., D. *h. t.*, 21, 1. [fr. 47 e fr. 48 pr. cit.: « Si hominem emptum « manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait, « sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve sit, actio « peribit. Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent, 48) si tamen « sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris mortuus sit »].

(7) Fr. 29, § 3; fr. 30, § 1, D. *h. t.*, 21, 1. [fr. 29, § 3 cit.: « Si quid tamen « damni sensit vel si quid pro servo impendit, consequenter arbitrio iudicis, sic « tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Iulianus, sed ne

Se il compratore in seguito desiste dalla redibizione, il venditore non può sollecitarla da parte sua, anche se su di essa si fosse pronunziata sentenza passata in giudicato (9). Infatti la redibizione è un diritto e non già un obbligo del compratore.

c) Il caso fortuito, che colpisce la cosa venduta, presso del compratore, è a danno del venditore. Perciò questi deve restituire il prezzo anche quando nulla più possa ottenere in contraccambio, a causa del fortuito perimento della cosa. Ciò designavano i romani con la bizzarra espressione: *mortuus redhibetur*, lo schiavo morto viene restituito, cioè nulla (10-11).

« alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem « praestet; fr. 30 cit.: « Quas impensas necessario in curandum post litem con- « testatam emptor fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim compre- « hendendos Pedius: sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec « ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit »]. Le spese ordinarie si compensano con l'uso. Perciò le spese di foraggio non devono essere rifatte al compratore, se egli potè far uso dell'animale comprato. Trib. Imp. Comm., vol. III, pag. 100. Cfr. però anche SEUFFERT, *Arch.*, vol. LII, n. 229. — Il WINDSCHEID, vol. II, § 394 ed il HANAUSEK vogliono accordare al compratore delle pretese per le spese sulla cosa, solo quando anche il venditore le avrebbe fatte. Ma al compratore che cosa importa il fatto del venditore! Suppongasi che il compratore abbia comprato del bestiame giovane per l'ingrasso: non dovranno rifarsi al compratore le spese dell'ingrasso, sol perchè il venditore non le avrebbe sopportate? Ciò sarebbe strano; nè si può giustificare col fr. 27, D. *h. t.* [riportato alla nota 3], poichè ciò che *emptionis causa erogatum est* vale « le spese fatte ad occasione della conclusione del contratto, ed allo scopo di essa », ma non già le spese sulla cosa.

(8) Secondo il Cod. civ. germ., § 347, nel caso della risoluzione entrano in applicazione, dal momento della recezione, quelle norme che varrebbero data la pendenza della lite, vale a dire che il compratore si considera come un amministratore della cosa altrui.

(9) Fr. 29 pr., D. *h. t*, 21, 1; cfr. fr. 25, § 10, fr. 26, D. *h. t.*, 1 [fr. 29 cit.: « Illud sciendum est, si emptor venditori haec non praestat, quae desiderantur in hac actione, non posse ei venditorem condemnari: si autem emptori « venditor ista non praestat, condemnabitur ei »; fr. 25, § 10 cit.: « Ordine « fecerunt aediles, ut ante venditori, emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, « praestet, sic deinde pretium consequatur »; fr. 26 cit.: « Videamus tamem, ne « iniquum sit emptorem compelli dimittere corpus et ad actionem iudicati mitti, « si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris, potiusque res ita ordi- « nanda sit, ut emptor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se « mancipium restituturum »]. Secondo il Cod. civ. germ., § 465, la redibizione è compiuta solo allora, quando il venditore, su richiesta del compratore, si dichiari d'accordo su di essa. L'estensione di questa disposizione è veramente controversa.

(10) Fr. 31, § 11; fr. 38, § 3, D. *h. t.*, 21, 1. [fr. 31, § 11, riportato sopra alla nota 6; fr. 38 cit.: « Et fere eadem sunt in his, quae in mancipiis, quod « ad morbum vitiumve attinet: quidquid igitur hic diximus, huc erit transfe- « rendum, et si mortuum fuerit iumentum, pari modo redhiberi poterit, quemad- « modum mancipium potest »]. Nemmeno la colposa distruzione della cosa toglie al compratore la pretesa della redibizione. La sua colpa lo vincola solo a lasciare

d) I coeredi del compratore devono tutti mettersi d'accordo sulla redibizione, se vogliono intentare l'azione (12). Ma ognuno dei coeredi del venditore può essere convenuto con la ***redhibitoria***, talchè egli deve restituire la parte del prezzo della vendita che a lui ricade, contro il rilascio della corrispondente parte ideale della cosa venduta (13).

---

detrarre dal prezzo della vendita la diminuzione di valore della merce difettosa da lui distrutta. Vedi Eck, nella monografia citata alla nota 11. Il Cod. civ. germ. al § 350 dispone: « La risoluzione non viene esclusa dal fatto, che l'oggetto ricevuto dall'avente diritto alla risoluzione sia perito per caso fortuito ». Secondo il § 351 la risoluzione è esclusa, se il compratore abbia cagionato colposamente un deterioramento sostanziale, il perimento, od altra qualsiasi impossibilità della consegna dell'oggetto ricevuto.

(11) È controverso se il compratore perda il diritto della redibizione, per l'alienazione della cosa comprata o per la specificazione di essa. Ciò è stato affermato dal Trib. Imp. com., cfr. particolarmente vol. XI, p. 202. In senso contrario si è dichiarato l'Eck, nelle *Pubblicazioni festive per Beseler*, p. 161, dove trovasi anche raccolta la letteratura sulla questione. A buon diritto l'Eck espone, come, se il compratore abbia alienato la cosa nell'ignoranza del difetto, la sua pretesa di redibizione non possa essere realizzata, che però egli può farla ancora valere, quando riacquisti la cosa stessa, o sia pronto ad imputare il valore reale di essa, al prezzo di cui domanda la restituzione. Ma solo allora, quando egli conoscendo il difetto abbia alienato la cosa senza impellenti motivi, e non possa più in conseguenza di ciò restituire la cosa in natura, la sua pretesa alla redibizione deve considerarsi come esclusa. Secondo il Cod. civ. germ., § 352, la risoluzione è esclusa, se l'avente diritto con la lavorazione o con la trasformazione abbia cambiato la cosa ricevuta in una d'altra specie. La redibizione è ammissibile se il difetto siasi palesato solo dopo la trasformazione della cosa (§ 467), Cfr. anche § 353.

(12) Fr. 31, §§ 5, 7, D. *h. t.*, 21, 1 [« Si plures heredes sint emptoris, an « omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus. et ait Pomponius omnes « consentire debere ad redhibendum dareque unum procuratorem, ne forte venditor iniuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem « pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit. Idem ait homine mortuo vel « etiam redhibito singulos pro suis portionibus recte agere. pretium autem et « accessiones pro parte recipient: sed et fructus accessionis et si quo deterior « homo factus est pro parte praestabitur ab ipsis, nisi forte tale sit, quod divi- « sionem non recipiat, ut puta ancillae partus: in hoc enim idem servandum est, « quod in ipsa matre vendita, quam pro parte redhiberi posse negavimus. Mar- « cellus quoque scribit si servus communis servum emerit et sit in causa redhi- « bitionis, unum ex dominis pro parte sua redhibere servum non posse: non « magis, inquit, quam cum emptori plures heredes exstiterunt nec omnes ad redhi- « bendum consentiunt »]. Cod. civ. germ., § 356 [« Se ad un contratto partecipano dall' una o dall' altra parte più persone, il diritto di risoluzione può essere esercitato soltanto da tutti e contro tutti. Se il diritto di risoluzione si estingua per uno degli aventi diritto, si estingue anche per gli altri »].

(13) Fr. 31, § 10, D. *h. t.*, 21, 1 [« Si venditori plures heredes exstiterint, « singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi. et si servus plurium « venierit, idem erit dicendum: nam si unus a pluribus vel plures ab uno vel

e) Se parecchi oggetti furono insieme venduti, ed uno di essi è difettoso, la redibizione si estende necessariamente a tutti, se questi, secondo i criteri del commercio e la particolare dichiarazione fatta alla conclusione del negozio, vennero venduti come un'unità (14). L'unità del prezzo non è decisiva per indurne tale intenzione (15).

« plura mancipia ab uno emantur, verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt « venditores. singulis in solidum redhibendum : si tamen partes emptae sint a « singulis, recte dicetur alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi « quanto minoris. item si plures singuli partes ab uno emant, tunc pro parte « quisque eorum experietur: sed si in solidum emant, unusquisque in solidum « redhibebit »]; cfr. Hanausek, *loc. cit.*, pag. 149. Diversamente il Cod. civ. germanico, § 356 [rip. più sopra, nota 12].

(14) Fr. 35, D. *h. t.*, 21, 1 [« Plerumque propter morbosa mancipia etiam « non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo vel ad « pietatis rationem offensam. quid enim, si filio retento parentes redhibere maluerint vel contra? quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas « observari oportet »]. Cod. civ. germ., § 469. [« Se tra parecchie cose vendute solo alcune sieno difettose, la redibizione può essere chiesta solo riguardo a queste, se pure sia stato stabilito un prezzo complessivo per tutte le cose. Se però le cose medesime sono state vendute come tra loro connesse, ognuna delle parti può richiedere che la redibizione si estenda a tutte, se le cose difettose non possono senza pregiudizio essere separate dalle rimanenti »].

(15) La più antica giurisprudenza romana ammetteva senz'altro la connessità degli oggetti della vendita, data l' unità del prezzo — *unitas pretii* —. Così ancora Africano, nel fr. 34 pr., D. *h. t.* e Pomponio, nel fr. 64 pr., § 1, D. *eod.*, sul fondamento dell'autorità di Labeone. La posteriore giurisprudenza classica, e propriamente per il primo Ulpiano, nei ffr. 38, § 14, 59, § 1, D. *h. t.*, 21, 1, non attribuiva più un peso decisivo alla unità del prezzo. Diversamente il Fick, nell'*Arch. per il diritto cambiario* [Archiv für Wechselrecht], vol. VIII, p. 129. Egli ritiene che l'unità del prezzo dia al compratore il diritto di scelta tra la redibizione dei singoli oggetti difettosi, e la restituzione dell' intera partita. Conforme al nostro testo il Cod. civ. germ., § 469. Cfr. inoltre § 471 [« Se nel caso della vendita di parecchie cose per un prezzo complessivo, avviene la redibizione solo rispetto a singole cose, il prezzo complessivo deve ridursi in quella proporzione nella quale, al tempo della vendita, il valore complessivo delle cose, in istato esente da difetti, sarebbe stato di fronte al valore delle cose non colpite dalla redibizione »] — [fr. 34 pr. cit.: « Cum eiusdem generis plures res « simul veneant, veluti comoedi vel chorus, referre ait, in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intellegantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut, si quis eorum « forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur ». fr. 64 pr., § 1 cit.: « Labeo scribit, si uno pretio plures servos emisti et de uno agere velis, « interaestimationem servorum proinde fieri debere, atque ut fieret in aestimationem bonitatis agri, cum ob evictam partem fundi agatur. Idem ait, si uno « pretio plures servos vendidisti sanosque esse promisisti et pars dumtaxat eorum « minus sana sit, de omnibus ' adversus dictum promissum ' recte agi ». fr. 38, § 14 cit.: « Cum autem iumenta paria veneunt, edicto expressum est, ut, cum « alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in qua re « tam emptori quam venditori consulitur, dum iumenta non separantur. simili

f) L'azione redibitoria si prescrive in sei mesi dopo la vendita, ma calcolati *utiliter*. L'ignoranza nel compratore del difetto impedisce perciò l'inizio della prescrizione, salvochè essa non riposi su grave negligenza (16).

« modo et si triga venierit, redhibenda erit tota, et si quadriga, redhibeatur. sed « si duo paria mularum sint et una mula vitiosa sit vel par, solum par redhi- « bebitur, alterum non: si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter « quattuor mulae uno pretio venierint, unius erit mulae redhibitio, non omnium: « nam et si polia venierit, dicemus unum equum qui vitiosus est, non omnem « poliam redhiberi oportere. haec et in hominibus dicemus pluribus uno pretio « distractis, nisi si separari non possint, ut puta si tragoedi vel mimi fr. 39: vel « fratres: fr. 40: hi enim non erunt separandi ». fr. 59, § 1 cit.: « Si quis duos « homines uno pretio emerit et alter in ea causa est, ut redhibeatur, deinde « petatur pretium totum, exceptio erit obicienda: si tamen pars pretii petatur, « magis dicetur non nocere exceptionem, nisi forte ea sit causa, in qua propter « alterius vitium utrumque mancipium redhibendum sit »].

(16) Fr. 19, § 6, fr. 55, D. *h. t.*, 21, 1. [fr. 19, § 6 cit.: « Tempus autem « redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed « quanto minoris agitur, annus utilis est. sed tempus redhibitionis ex die ven- « ditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promis- « sumve quid est ». fr. 55 cit.: « Cum sex menses utiles, quibus experiundi pote- « stas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi « habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam « ignorationem emptoris excusari oportebit »]. Trib. Imp., vol. XXI, pag. 162. Cfr. del resto Bruns e Sachau, *Libro giuridico romano-sirio* [Syrisch-römisches Rechtsbuch]. pag. 206. Intorno ai principii, differenti, del Cod. civ. germ. cfr. §§ 477 e sgg. [« § 477: La pretesa alla redibizione ed alla diminuzione, come pure la pretesa al risarcimento del danno per la mancanza di una qualità assicurata, si prescrive, purchè il venditore non abbia dolosamente taciuto il difetto, per le cose mobili in sei mesi, per gl'immobili in un anno dopo la consegna. Il termine della prescrizione può essere prolungato mediante contratto. — Se il compratore, per garanzia della prova, domanda prova giudiziaria, la prescrizione viene interrotta. L' interruzione dura sino alla fine del procedimento...... — La sospensione o l'interruzione della prescrizione di una pretesa, designata nel cap. 1°, opera anche la sospensione e l'interruzione delle altre pretese. § 478: Se il compratore ha indicato al venditore il difetto, od inviato a lui tale indicazione, prima che la pretesa alla redibizione od alla diminuzione fosse prescritta, egli, anche dopo compiutasi la prescrizione, può in tanto negare il pagamento del prezzo, in quanto vi sarebbe autorizzato in base alla redibizione od alla diminuzione. Lo stesso vale, quando il compratore, prima del compimento della prescrizione, per garanzia della prova, domandi prova giudiziaria, o in una controversia giudiziaria pendente tra lui ed un posteriore acquirente della cosa, a causa del difetto, abbia notificato al venditore la lite. — Se il venditore ha taciuto dolosamente il difetto non vi è bisogno dell'indicazione o di un atto ad essa parificato secondo il cap. 1°. § 479: La pretesa al risarcimento del danno, dopo il compimento della prescrizione, può essere compensata solo quando il compratore abbia precedentemente intrapreso uno degli atti indicati nel § 478. Questa limitazione non ha luogo quando il venditore abbia dolosamente taciuto il difetto »].

g) Nella vendita di cose di poco valore non si dà diritto alla redibizione (17).

2. Il compratore ha inoltre l'azione di diminuzione, *actio quanti minoris*, allo scopo di diminuire il prezzo della vendita dell'ammontare di cui la cosa venduta è di minor valore (18-19), a causa del difetto, di quanto venne ritenuto.

a) A causa di più difetti si può agire più volte per la diminuzione (20).

---

(17) Fr. 48, § 8, D. *h. t.*, 21, 1. POMPONIUS, libro 23, *ad Sabinum*: « Sim-« plariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est ». *Simplariae* erano le vendite nelle quali non potevasi richiedere una *stipulatio duplae* per l' evizione, e tali erano, secondo il fr. 37, § 1, D. *de evic.*, 21, 2 [rip. al § 99, nota 4] quelle riguardanti oggetti di poco valore. Cfr. BRUNS, *loc. cit.*, pag. 207. Pel Cod. civ. germ. non vale tale regola. Nondimeno per esso il compratore non ha alcuna pretesa contro il venditore per i difetti di poco rilievo: cfr. § 459, cap. 1°, periodo 2°.

(18) Intorno al computo, nell'azione di diminuzione, le fonti non danno alcuna precisa determinazione, perciò le teorie divergono di molto; cfr. HELLWEG, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LIX, n. 2; HANAUSECK, *loc. cit.*, vol. I, pag. 128. Secondo il § 472, cap. 1° del Cod. civ. germ. il prezzo della vendita deve essere diminuito in quella proporzione, nella quale la cosa, se esente da difetti, sarebbe stata in rapporto all'effettivo valore di essa, al tempo della vendita. Se per esempio qualcuno, per l'allargamento della sua azienda, abbia comprato la casa del vicino, che sembrava avere un valore di 10,000, per 20,000, perchè altrimenti il vicino non avrebbe venduto, e solo si decise in considerazione del prezzo particolarmente elevato, e se dopo vengano a scoprirsi dei vizi di costruzione nella casa, talchè essa valga in realtà solo 8,000, si dovrà stabilire il seguente rapporto: $8{,}000 : 10{,}000 = x : 20{,}000$: $x = 16{.}000$. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 472, cap. 2° e § 473. [§ 472: « Se nel caso della vendita di parecchie cose per un prezzo complessivo, abbia luogo una diminuzione solo a causa di alcune di esse, nella riduzione del prezzo deve prendersi a base il valore di tutte le cose ». § 473: « Se accanto al prezzo della vendita fissato in danaro siano convenute delle altre prestazioni, le quali hanno per oggetto cose non rappresentabili, tali prestazioni, nei casi dei §§ 471 e 472 devono valutarsi in danaro, secondo il valore al tempo della vendita. La riduzione della controprestazione del compratore ha luogo sul prezzo fissato in danaro; se questo sia minore dell'ammontare della riduzione, il venditore deve abbonare al compratore l'eccedenza »].

(19) La pretesa alla diminuzione del prezzo non viene punto menomata, come molti invece ritengono, dal fatto che il compratore abbia alienato la cosa per l'ammontare stesso del prezzo della vendita od anche maggiore. Ciò non può togliere la pretesa acquisita alla diminuzione. Trib. Imp., vol. XVII, pag. 65.

(20) Fr. 31, § 16, D. *h. t.*, 21, 1. Cod. civ. germ., § 475. [fr. cit.: « Si quis « egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti « fieri condemnatio debeat? et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium « non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis « eiusdem rei aestimationem consequatur ». § cit.: « Per effetto della diminuzione avveratasi a causa di un difetto, non viene escluso il diritto del compratore, di chiedere la redibizione o la diminuzione a causa di un altro difetto »].

b) L'azione di diminuzione ha il medesimo effetto della redibitoria, se la cosa venduta è affatto priva di valore. Infatti il prezzo si diminuisce allora fino a zero, e deve esser tutto restituito, — ma in cambio di esso anche la cosa (21).

c) L'azione di diminuzione si prescrive in un anno. La prescrizione s'inizia, come quella dell'*actio redhibitoria* (22).

d) Tra l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* il compratore ha la scelta.

L'avere intentata l'azione redibitoria non toglie il diritto di agire per la diminuzione del prezzo, in luogo della redibizione (23). All'incontro chi una volta ha agito per la diminuzione del prezzo, non può più, per il medesimo vizio, agire per l'annullamento del negozio, poichè egli con la precedente azione si è deciso per il mantenimento di esso.

3. Le norme del diritto edilizio trovano applicazione anche alle vendite di cose generiche, quando viene consegnata bensì merce della specie promessa, ma si scopre come difettosa (24-25).

---

(21) Fr. 43, § 6, D. *h. t.*, 21, 1. [« Aliquando etiam redhiberi mancipium « debebit, licet aestimatoria, id est quanto minoris, agamus: nam si adeo nullius « sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domini habere, veluti si « furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen iudicis « continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur »].

(22) Fr. 19, § 6; fr. 38 pr.; fr. 48, § 2, D. *h. t*, 21, 1. [fr. 19, rip. sopra, nota 16; fr. 38 al § 100, nota 4; fr. 48, § 2 cit.: « Non nocebit emptori, si sex « mensum exceptione redhibitoria exclusus velit intra annum aestimatoria agere »]. Trib. Imp., vol. XXI, pag. 162: cfr. più sopra nota 16 Si discostano le regole del Cod. civ. germ., cfr. §§ 477 e segg. [riportati più sopra, nota 16].

(23) Diversamente il Trib. Imp., vol. XXXIX, pag. 174.

(24) L'applicabilità delle azioni edilizie alla vendita di cose generiche è assai controversa. Contro di essa sta principalmente il Thöl, *Diritto commerciale*, vol. I, § 275, nota 17, come pure il Windscheid, vol. II, § 394, nota 5. Certo il Thöl ha ragione in ciò, che il titolo delle Pandette, *de aedilicio edicto*, ha riguardo solo alla vendita di cose specifiche, poichè i Romani non conoscevano la vendita di cose generiche. Ma la questione è, se dopo che nel diritto comune è stata accolta la vendita di cose generiche, sia ad essa applicabile il diritto edilizio. In senso contrario si obietta ora, che debba ritenersi sempre come tacitamente convenuto, che ciò che dev'essere fornito sia fornito senza difetti, e se invece sia difettoso, dovrà, malgrado dell'accettazione del compratore, e presupposto che essa avvenne nell'ignoranza dei difetti, ritenersi come non ancora adempiuta l'obbligazione, ed essere il compratore quindi autorizzato a richiedere altra fornitura, ed il suo danno interesse. Ciò è esatto solo se venne fornita qualche cosa « diversa » da quella convenuta, come potè forse ritenersi nel caso deciso dal Trib. Imp., vol. IV, pag. 195. Ma se all'incontro viene fornito ed accettato un oggetto corrispondente nel genere e nella specie all'oggetto promesso, allora si ha l'adempimento, sebbene solo un adempimento manchevole. Che ogni difetto della merce renda la cosa diversa da quella promessa, va troppo oltre e non è

4. Se la vendita per ambo le parti è un negozio di commercio, il compratore deve visitare senza indugio la merce dopo la consegna, e, se apparisca un difetto, mandarne senza indugio avviso al venditore. Altrimenti la merce si considera come approvata, salvochè trattisi di un vizio non riconoscibile alla ispezione. Se un tale difetto si manifesti più tardi, dev'essere spedito l'avviso subito dopo la scoperta di esso, altrimenti la merce si considera come approvata, anche riguardo al difetto medesimo. Se il venditore ha taciuto dolosamente il difetto, egli non può invocare queste norme (26).

§ 102. — Annullamento dei negozi di vendita.

1. L'annullamento dei negozi di vendita, cioè la rimozione dei loro effetti, può essere convenuto in ogni tempo dai contraenti (1).

---

provato. Cfr. segnatamente il GOLDSCHMIDT, *Rivista pel diritto commerciale* [Zeitschrift für Handelsrecht], vol. XIX, pag. 98; HANAUSEK, vol. I, pag. 113, Trib. Imp. Comm., vol. V, pag. 399. Secondo il Trib. Imp., vol. VI, pag. 189, il compratore dopo essergli stata fornita la merce difettosa, ha gli stessi diritti che gli competono nel caso della vendita di cosa specifica. Così anche il Trib. Imp., vol. XII, pag. 84, SEUFFERT, *Arch.*, vol. XLVIII, n. 84 (Corte di appello di Braunschweig), vol. XLIX, n. 243. Cfr. anche BÖTZOW, *Nella vendita di cose generiche sono ammissibili secondo il diritto comune i rimedi giuridici del diritto edilizio?* [Sind nach gemeinem Recht die ädilicischen Rechtsmittel auch bei einem Genuskaufe zulässig?], GREIFSWALD, Diss. Inaug., 1891. Ma il Cod. civ. germ., § 480 dispone: Il compratore di una cosa, determinata solo secondo il genere, invece della redibizione o della diminuzione, può richiedere, che in luogo della cosa difettosa, gliene sia consegnata una esente da difetti.

(25) Anche negli altri contratti di alienazione a titolo oneroso può aversi una analoga applicazione; cfr. anche Cod. civ. germ., § 493 [« § 493: Le disposizioni sull'obbligo del venditore alla prestazione della garanzia pei difetti della cosa trovano corrispondente applicazione agli altri contratti, diretti all'alienazione o allo aggravio di una cosa a titolo oneroso »].

(26) Così il Cod. comm., § 377. Cfr. anche § 378 (fornitura di una merce diversa da quella commissionata). [« Le disposizioni del § 377 trovano applicazione anche quando venga fornita una merce diversa da quella convenuta, finchè la merce fornita non si discosti manifestamente in modo così rilevante dalla commissione, che il venditore doveva considerare come esclusa l'approvazione del compratore »].

(1) Secondo il diritto romano i contratti consensuali potevano essere annullati solo mediante l'accordo della volontà di ambo le parti – *contrarius consensus* –, se ancora da nessuna delle parti si fosse eseguita la prestazione, o restituito quanto si era di già prestato. fr. 5, § 1, D. *de rescindenda vend.*, 18, 5; fr. 2, fr. 3, fr. 5 pr., D. *eod.*, c. 2, Cod. *quando liceat*, 4, 45. Ciò era in connessione con la mancanza di azione dei contratti; infatti dal contratto di annullamento non sorgeva alcuna azione per la ripetizione di ciò ch' erasi prestato; in tal modo quindi non potevasi effettuare l'annullamento del negozio. Ciò non

2. Dalla conclusione della vendita una delle parti può essere lesa per modo, che può unilateralmente recedere dal negozio, e domandare la definitiva rescissione di esso per opera del giudice. Autorizzano a ciò la violenza, il dolo, (2), i difetti della cosa venduta (3), ed infine la lesione oltre la metà — *laesio enormis*.

Per disposto dell'imperatore Diocleziano, al venditore, che non aveva ottenuto neanche la metà del giusto valore della cosa, si concesse il diritto alla rescissione della vendita, in modo però che il compratore

---

vale più pel diritto odierno. Se, dopo che dall'una o dall'altra parte siasi adempiuto, si convenga l'annullamento del negozio, sorge naturalmente dallo stesso contratto l'azione per la ripetizione della cosa prestata. Cfr. BECHMANN, *La compravendita*, vol. II, pag. 469 sgg. [fr. 5, § 1 cit : « Emptio nuda conventione dissol- « vitur, si res secuta non fuerit ». fr. 2 cit.: « Si quam rem a te emi, eandem « rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, « dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio) atque ita consistit « posterior emptio, quasi nulla praecesserit sed non poterimus eadem ratione uti « post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam « emptionem facere non possumus ». fr. 3 cit.: « Emptio et venditio sicut con- « sensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: « ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus « fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem « agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fide- « iussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. « item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque « iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit ». fr. 5 pr. cit: « Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque « ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si con- « venisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius « appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis « valet ». c. 2, Cod. cit.: « Perfectam emptionem atque venditionem re integra « tantum pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo si quidem arrae nomine « aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare. Si vero « partem pretii persolvisti, ad ea, quae venditorem oportet ex venditione prae- « stare, magis actionem quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, « habes »].

(2) C. 1, c. 5 pr, c. 10, Cod. *de rescind. vendit.*, 4, 44. [c. 1 cit.: « Si « pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non « bona fide gestum est: mala fide enim emptio irrita est. aditus itaque nomine « tuo praeses provinciae auctoritatem suam interponet, maxime cum paratum te « proponas id quod pretii nomine illatum est emptori refundere »; c. 5 pr. cit.: « Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae « aditus animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huius- « modi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit »; c. 10, cit.: « Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. quem si fuerit « intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, « rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat in integrum « restitutio competit »].

(3) Cfr. § 101.

poteva mantenere in vita il negozio, mediante l'offerta dell'intero valore della cosa vendutagli, sinchè la sentenza disponente la rescissione non passasse in giudicato (4). Diocleziano, così disponendo, pensava alle vendite fatte per necessità, a prezzi vili (5). Ma sin dal medio evo si poneva il fondamento della sua legge nel presunto dolo del compratore, od almeno nel presunto errore del venditore (6). Da ciò si deduceva, che anche al compratore, il quale aveva promesso più del doppio del valore della cosa comprata (7), dovesse profittare quella presunzione e l'annullabilità. Lo stesso si ammise anche in altri contratti bilaterali, in cui devono scambiarsi le prestazioni. Ciò divenne consuetudine comune.

Nondimeno colui che comprava allo scopo di speculazione, non poteva, se questa falliva, fare appello alla lesione enorme (8). Anche

---

(4) C. 2, Cod. *de rest. vend.*, 4, 44: « Impp. Diocletianus et Maximianus: « Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, « ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate « intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. « minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit »; a. 285; c. 8 *eod.*: [« Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus « ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus « corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod « paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem « invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses « substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum « gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim « venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat « addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem. « quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem « concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post « pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat « tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda »]. — Cfr. Chambon, *Contributi al diritto delle obbligazioni* [Beiträge zum Obligationenrecht], 1851, pag. 111 sgg.; Sandstein, *Laesio enormis*, Diss. inaug. Berlino, 1887. — Il diritto classico romano della vendita riposava sulla libertà contrattuale, fr. 22, § 3, fr. 23, D. *locati*, 19, 2; ed è infondata l'opinione dello Chambon, che la costituzione di Diocleziano si fondasse sui principii del diritto precedente. [Fr. 22, § 3, riportato al § 94, nota 23; fr. 23 cit.: « Et ideo praetextu minoris « pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi « locatio non potest »].

(5) Depone a favore di ciò la motivazione della costituzione « *humanum est* ». Ma ciò concorda anche con la politica economica di Diocleziano, il quale, come è noto, cercò di stabilire il *maximum* dei prezzi mediante un editto conservatoci su iscrizioni.

(6) Chambon, *loc. cit.*, pag. 117, offre dei contributi per la storia dommatica.

(7) È controverso, se debba porsi a base il doppio del giusto valore, ovvero il danno interesse. Il Tr. Imp., vol. X, pag. 126, lascia la questione indecisa.

(8) Trib. Imp., vol. X, pag. 126.

nella pratica restò sempre dubbio, se le vendite conchiuse nei pubblici incanti fossero annullabili a causa di lesione oltre la metà. Ma poichè al riguardo non si formò una solida consuetudine, ciò si dovè ritenere come inammissibile (9). Le rinunzie all'annullamento erano giuridicamente obbligatorie, se non erano state fatte nello stato di necessità, o cagionate da dolo o da errore (10).

Il Codice civile germanico, come già prima il Codice di commercio, ha abolito l'annullamento a causa di lesione oltre la metà (11).

3. La mora del venditore nella consegna della merce, come pure la mora del compratore nella recezione di essa e nel pagamento del prezzo, dà all'altra parte, conforme ai principii generali, un diritto di risoluzione, se esso è stato convenuto, o, secondo la particolare condizione di cose, sia giustificato dalla equità (12). Secondo il Codice civile vengono in applicazione i principii generali sui negozi bileterali (13).

§ 103. — **Contratti di permuta** (1).

Un carattere economico diverso da quello della vendita, cioè dello scambio di merce contro danaro, ha la permuta, che è lo scambio di merci contro merci. Infatti la vendita ha un carattere rigorosamente commerciale, ed è perciò il negozio più importante e generale del commercio; la permuta è più un avvenimento accidentale, e spesso non ha un carattere rigorosamente commerciale.

Di conseguenza la giurisprudenza romana progredita, in contrapposto alla più antica teoria rappresentata dai Sabiniani, separò recisamente la permuta dalla vendita. Epperò non diveniva anche fornita di azione mediante il semplice consenso, ma costituiva piuttosto un semplice contratto innominato (2). Quindi solo colui che da sua

---

(9) Trib. Imp., vol. VI, pag. 152.

(10) Per lo più si riconosce la rinunzia incondizionatamente come valida.

(11) Ma cfr. Cod. civ. germ., § 138, cap. 2°: [« È nullo in particolare il negozio giuridico, col quale alcuno, sfruttando lo stato di necessità, la leggerezza o l'inesperienza di un altro, fa promettere od assicurare a sè o ad un terzo, in corrispettivo di una prestazione, dei vantaggi patrimoniali, i quali di tanto sorpassano il valore della prestazione medesima, che, secondo le circostanze, trovansi in sorprendente sproporzione con la prestazione »].

(12) Cfr. più sopra, § 41, nota 10 sgg.; Regelsberger, nell'*Arch. per la pratica civile,* vol. L, n. 2.

(13) Cod. civ. germ., § 326; cfr. sopra.

(1) Tit. Dig. *de rerum permutatione*, 19, 4, Cod. 4, 64; Bernhöft, in Bekker e Fischer, *Contributi al progetto di un Cod. civ.* [Beiträge zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs], fasc. 12. — Damm de Seydewitz, *De permutatione*. Dissertazione inaug. Hall, 1868.

(2) Fr. 1, § 2, D. *h. t.*, 19, 4: [« Item emptio ac venditio nuda consentientium « voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet:

parte aveva adempiuto, poteva agire con un'*actio praescriptis verbis* per la consegna della merce permutatagli. Era anche in sua facoltà, secondo la sua scelta, di ripetere con una *condictio* la cosa da lui data.

Ora ciò è antiquato, in conseguenza della generale azionabilità dei contratti. Si può immediatamente agire per l'adempimento in base al contratto di permuta, ma all'attore però che non ha eseguito la prestazione, o non è pronto ad eseguirla, sta di contro la *exceptio non adimpleti contractus*,

La restituzione quindi della cosa data in permuta può essere pretesa solo in quelle circostanze, nelle quali si può anche recedere da una vendita (3).

Come altra conseguenza deve riguardarsi quella, che, con la conclusione della permuta ogni parte sopporta il rischio della cosa promessale, ma le appartengono insieme i vantaggi di essa.

Ambedue le parti hanno nella permuta i diritti ed i doveri di venditori. Ciò vale specialmente per l'evizione (4), per le assicurazioni di qualità e pei difetti (5), come anche per la lesione oltre la metà.

Già i Romani riconobbero essere nel negozio di permuta ogni parte obbligata, a rendere l'altra proprietaria della cosa permutata (6). E qui eravi una differenza con la vendita; attualmente vale lo stesso anche nel contratto di vendita (7-8).

« alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, « quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione « venditione, conductione, mandato »]. Cfr più sopra, §§ 7, 8.

(3) Cfr. più sopra, §§ 8, nota 5.

(4) Cfr. però anche § 99, nota 34.

(5) Fr. 2, D. *h. t.*, 19, 4 : [« Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emp- « tioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum « praestandum, qui ex causa daretur »]. Ma poichè nella permuta non esiste « prezzo », non si può agire per la « diminuzione del prezzo », sibbene solo per la redibizione e pel risarcimento dei danni, quando ciò nel caso di una vendita sarebbe stato ammissibile. Bernhöft, *loc. cit.*, pag. 30.

(6) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 19, 4 : [« Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius « emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni « non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. « emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori suf- « ficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, « si res evicta non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, « utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius sed cum debeat et res et pretium « esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, « quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res « et veneat et pretium sit emptionis »].

(7) Vedi più sopra, § 99, nota 31.

(8) Il Cod. civ. germ. al § 515 dispone sulla permuta ciò soltanto: « Alla permuta trovano corrispondente applicazione le disposizioni riguardanti la vendita ».

II. — *Giuoco e scommessa.*

§ 104. — **Giuoco** (1).

Il giuoco è la convenzione di guadagno e perdita, sotto condizioni opposte, per voglia di giuocare, cioè per cogliere con l'azzardo un guadagno, e procurarsi un passatempo.

Il giuoco sta in contrapposto alle occupazioni serie, utili alla vita ed alla società civile. Esso è inutile, spesso persino rovinoso; poichè la sfrenata passione del giuoco mina di frequente la fortuna di singoli, anzi d'interi ceti sociali.

Perciò i negozi di giuoco di danaro o valori pecuniari erano in Roma nulli, ed almeno sino a Giustiniano punibili (2). Essi non erano di base ad alcuna azione, e ciò che si era pagato per essi poteva essere ripetuto; tale ripetizione si prescriveva solo in 50 anni (3). Certi giuochi ginnastici però si consideravano come permessi, anzi persino come lodevoli. Perciò erano ammissibili azioni fondate su di essi, pur sempre solo sino ad un lieve ammontare.

Oggi il Codice penale, sotto alcuni presupposti, grava il giuoco di pubblica pena, segnatamente il giuoco di azzardo per industria abituale (4).

---

(1) Tit. Dig. *de aleatoribus*, 11, 5; Cod *de aleae lusu*, 3, 43: il fondamento è solo la *restitutio*. WILDA, nella *Rivista pel diritto tedesco* [Zeitschrift für deutsches Recht], vol. VIII, n. 8; BRUCK, *Sul giuoco e sulla scommessa* [Ueber Spiel und Wette], 1868; KRÜGELSTEIN, *Sulla differenza astratta tra il giuoco e la scommessa* [Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette], 1869; H. SCHUSTER, *Il giuoco nel diritto tedesco* [Das Spiel im deutschen Rechte], 1878; SCHÖNHARDT, *L'alea: sulla pena del giuoco d'azzardo nell'antico diritto romano* [Alea: Uber die Bestrafung des Glückspieles im älteren römischen Rechte], 1885.

(2) Fr. 2, § 1, D. *h. t.*: [« Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, « praeter quam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando « pugnando quod virtutis causa fiat: fr. 3) in quibus rebus ex lege Titia et Publicia « et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen « non fit, non licet »].

(3) C. 1, § 2, Cod. *h. t.*, 3, 43 [c. cit., § 1 e 2: « Commodis igitur subiectorum « providere cupientes ac generali lege decernimus, ut nulli liceat in privatis seu « publicis locis ludere neque in specie neque in genere: et si contra factum fuerit, « nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur et competentibus actionibus « repetatur ab his qui dederunt vel eorum heredibus aut his neglegentibus a pa- « tribus seu defensoribus locorum: Non obstante nisi quinquaginta demum annorum « aliqua praescriptione: Episcopis locorum hoc inquirentibus et praesidum auxilio « utentibus »].

(4) Codice penale, §§ 284 e 360, n. 14 [§ 284 cit.: « Chi fa un'industria del giuoco di azzardo è punito col carcere sino a due anni, accanto al quale può essere condannato alla multa di trecento sino a seicento marchi, come pure alla perdita dei diritti civili e politici. — Se il condannato è uno straniero, l'autorità di polizia

I negozi di giuoco punibili sono nulli, come contrari ai buoni costumi, talchè ciò che si è pagato per essi può esser ripetuto (5).

Ma anche i giuochi non punibili stanno fuori della sfera del diritto. Il guadagno quindi del giuoco non può essere dedotto in azione, e neanche coattivamente in via di compensazione (6). La ripetizione di ciò che si è pagato è nondimeno inammessibile (7). Ciò tanto pel diritto comune, quanto secondo il diritto del Codice civile.

L'essere il giuoco sfornito di azione rende necessario di distinguerlo determinatamente da altri negozi più o meno analoghi.

Affine particolarmente al giuoco è la scommessa. Molti opinano, che sia carattere essenziale del giuoco, che l'attività del giuocatore determini insieme l'esito; altrimenti si ha una scommessa. Ma ciò non può ammettersi. Infatti il giuoco di azzardo si ha spesso senza l'attività del giuocatore. Piuttosto è decisiva l'intenzione del giuoco (8).

---

territoriale ha facoltà di espellerlo dal territorio federale ». § 360 cit.: « Con la multa sino a centocinquanta marchi. o con l'arresto, viene punito: . . . 14° Chi senza autorizzazione, su di una pubblica via, sulla strada, su di una pubblica piazza od in un pubblico luogo di riunione tiene giuoco di azzardo. — Accanto alla multa o all'arresto . . . può essere condannato alla confisca del danaro che si trova sul tavolo di giuoco o nel banco, senza differenza se appartenga al condannato oppur no »].

(5) Così anche SEUFFERT, *Arch.*, vol. L, n. 164.

(6) Il WINDSCHEID, vol. II, § 419, considera non solo permessi. ma anche come forniti di azione « i giuochi allo scopo del socievole divertimento entro i confini di questo ». Egli si appoggia al fatto, che anche nel diritto romano alcuni giuochi, che del resto attualmente non sono più conosciuti, com'erano permessi così pure erano forniti di azione. Ma l'azionabilità di questi giuochi si spiega dal fatto, che essi si consideravano come lodevoli e da promuoversi. L'unico giuoco di conversazione permesso in Roma – *quod in convivio vescendi causa ponitur* – richiedeva il « porre » [l'oggetto per l'immediato consumo], e difficilmente dava fondamento ad un'azione: fr. 4 pr., D. *h. t.*, 11, 5 [« Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem « familia ludere permittitur »]. Il divertimento socievole esclude che il giuoco sia fornito di azione. Questa è contraddetta anche dallo sviluppo storico sin dal medio evo: STOBBE-LEHMANN, *Dr. Pr.*, vol. III, § 345. Analogamente il Cod. civ. germ., § 762, capov. 1°: [« Col giuoco o con la scommessa non viene costituita un'obbligazione. Quanto si è prestato in base al giuoco od alla scommessa non può essere ripetuto, pel motivo che una obbligazione non sia esistita »].

(7) Ciò secondo il diritto tedesco. Cfr. Trib. Imp., vol. XXXIX, pag. 163. Così pure il Cod. civ. germ., al *loc. cit.* Che la ripetizione nel caso del dolo non sia esclusa, occorre appena che sia rilevato. Neanche una *datio in solutum* può essere ripetuta. Ma di fronte ad una promessa di debito, che entrò al posto del debito di giuoco, e particolarmente ad una cambiale, sta l'eccezione che la causa sia il giuoco. Così pure il Cod. civ. germ., § 762, capoverso 2° [Queste norme valgono anche per una convenzione, mediante la quale la parte perdente contragga una obbligazione di fronte alla parte vincente, ed in particolare per un riconoscimento di debito »].

(8) Specialmente il THÖL, *Diritto commerciale*, volume I, § 304, sostenne la regola: « Senza attività dei giuocatori nessun giuoco ». Per lui si trattava di

Ma però questa deve anche obiettivamente risultare dalle condizioni e dalle regole circa il guadagno e la perdita. Non può dunque bastare, che i partecipanti al giuoco rendessero subiettivamente omaggio alla voglia di giuocare, per mettere in questione, come giuoco, un negozio, che secondo quanto in esso vien determinato appare invece un negozio serio. Con ciò sarebbe minacciata la sicurezza del commercio. Perciò sono p. es. fornite di azione le compravendite a termine della borsa. Malgrado che esse possibilmente, anzi spesso, servano al giuoco, possono anche avere un serio scopo commerciale (9-10).

---

giuoco, quando i contraenti scommettessero, quale di due chiocciole, poste da loro su di un tavolo l'una accanto all'altra, raggiungesse per la prima un certo limite; ed invece di scommessa, se trovando per caso le chiocciole striscianti, scommettessero, quale giungesse prima. Così anche STOBBE, *Dr. pr.*, 2ª ediz., volume III, § 193, 1. Contro di ciò WILDA, *loc. cit.*, pag. 208; WINDSCHEID, vol. II, § 419, nota 3; LEHMANN in STOBBE, 3ª edizione, § 243; e Trib. Imp. in cause penali, vol. VII, pag. 21. Il Tribunale tratta quindi come giuoco di azzardo la partecipazione al cosiddetto totalizzatore, nelle corse di cavalli, presso il quale sui cavalli piazzati vennero fatte delle poste, che andarono devolute a coloro, che avevano giuocato sul cavallo vincitore.

(9) All'incontro sono negozi di giuoco gli « affari differenziali puri », nei quali si prende di mira solo il pagamento della differenza tra il corso d'un giorno determinato, per es., dell'ultimo del mese, e quello del giorno della conclusione del negozio. Dalle circostanze può risultare, che ciò che viene detto vendita dovette invece essere un negozio differenziale puro. Cfr. DREYER nell'*Arch. sassone pel diritto civile e processuale*, vol. II, pag. 401; WIENER, *Il negozio differenziale dal punto di vista dell'attuale giurisprudenza* [Das Differenzgeschäft vom Standpunkt des jetzigen Rechtsprechung], 1893; SIMON, *Azionabilità dei negozi differenziali* [Klagbarkeit der Differenzgeschäfte] nella *Rivista di* GOLDSCHMIDT, vol. XLI, pag. 455: G. A. LEIST, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXXIII, n. 2. Cfr. Cod. civ. germ., § 764, ma in particolare la legge sulla Borsa del 22 giugno 1896. §§ 66, 69 [§ 764, cit.: « Se viene conchiuso un contratto che suona diretto alla fornitura di merci o di effetti, nella intenzione che dalla parte perdente venga pagata alla parte vincente la differenza tra il prezzo convenuto ed il prezzo di borsa o di mercato del tempo della fornitura, il contratto deve riguardarsi come giuoco. Ciò vale anche quando solo l'intenzione dell'una parte sia diretta al pagamento della differenza, ma l'altra parte conosca o debba conoscere tale intenzione »; § 66 della L. sulla Borsa cit.: « Mediante un negozio a termine di borsa, in un ramo di affari pel quale non ambo le parti siano iscritte al tempo della conclusione del negozio, non viene costituito un rapporto obbligatorio..... L'inefficacia si estende alle garanzie costituite e ai riconoscimenti di debito rilasciati. — Non ha luogo la ripetizione di ciò che è stato prestato all'atto o dopo la completa liquidazione del negozio, allo scopo dell'adempimento di questo »; § 69, cit.: « Contro le pretese derivanti dai negozi di borsa a termine... da colui, il quale al tempo della conclusione del negozio era iscritto nel registro di borsa per il relativo ramo di affari, come pure da colui, l'iscrizione del quale non è richiesta, per l'efficacia del negozio secondo le precedenti disposizioni (§ 69, capov. 2º), non può esser fondata una eccezione sul fatto, che fosse contrattualmente escluso l'adempimento

Irrilevante è nel diritto comune la categoria di « negozi aleatori » o « di azzardo ». Tra questi si annoverano tra l'altro le scommesse, le compravendite di speranza (11) ed anche i contratti di assicurazione. Essi hanno di comune col giuoco il rischio, poichè sempre e dappertutto l'esistenza e la estensione di una pretesa vien fatta dipendere da eventi incerti, senza che ciò abbia influenza sulla controprestazione. Ma essi non sono giuochi, finchè perseguono uno scopo serio.

§ 105. — **La scommessa** (1).

In Roma i giuochi erano vietati, ma le scommesse (*sponsiones* in senso particolare) erano permesse e fornite di azione, e sin dai tempi antichi assai frequenti (2).

Anche nelle scommesse si tratta di azzardo e di guadagno sotto condizioni opposte. Però lo scopo di esse non è di giuocare. Anzi le scommesse avvengono nella lotta delle opinioni, per corroborare la serietà delle opposte asserzioni di coloro che scommettono, come pure per provocare una decisione su di esse.

Ma ciò che porta il nome di scommessa non deve degenerare in giuoco di scommessa, altrimenti si dovrà trattare come giuoco (3-4).

Si è dovuto inoltre riconoscere un diritto di moderazione del giudice,

---

mediante la fornitura di merci o di effetti. — A questa disposizione non osta il disposto del § 764 del Codice civile »].

(10) In base ai negozi di credito, per l'acquisto dei mezzi pel giuoco, viene negata l'azione a chi prestò il denaro, s'egli ne avesse conosciuto lo scopo; fr. 2, § 1, D. *quarum rerum actio non datur*, 44, 5 [« Si in alea rem vendam, ut « ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor »], Di altra opinione il WINDSCHEID, vol. II, § 420, nota 7. Il Cod. civ. germ. ha rimosso tale principio.

(11) Fr. 8, § 1, D. *de contraenda emptione,* 18, 1, riportato più sopra al § 94, nota 14.

(1) Fr. 17, § 5, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5. [« Si quis sponsionis causa « anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit: « nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa « putat: quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque domi- « nium victor habuit, aget furti? plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui « anuli dumtaxat repetitio erit »]; STOBBE-LEHMANN, *Dr. Pr.*, vol. II, § 244, nota 10.

(2) In Roma le *sponsiones* surrogavano in parte le nostre moderne « azioni per riconoscimento » [« Anerkennungsklagen »].

(3) Cfr. più sopra, § 104, nota 8.

(4) Erano nulle anche le scommesse intorno a giuochi; fr. 3, D. *de aleatoribus*, 11, 5 [rip. al § 104, nota 2]. A ciò si faceva eccezione, in Roma, riguardo ai giuochi di lotta, considerati come lodevoli, la quale eccezione non deve punto trasportarsi ai moderni giuochi « permessi ».

nelle somme esagerate delle scommesse (5). Infatti queste degenerano in giuoco, e sono in ogni caso contrarie ai buoni costumi (6).

Il Codice civile parifica la scommessa al giuoco. Ciò vale però solo pel diritto civile.

III. — *Donazione. Transazione.*

§ 106. — **Concetto della donazione** (1-2).

Le liberalità, cioè le generose concessioni di vantaggi pecuniari, hanno luogo in numerosi negozi, per es. nel prestito gratuito, nell'assun-

---

(5) Le scommesse *à coup sûr*, nelle quali lo scommettitore ha delle particolari fonti sicure per l'esattezza della sua affermazione, senza parteciparle al suo oppositore, il quale le ignora, sono dolose e da riguardarsi come nulle. Veramente molti dei moderni sono d'altra opinione. In particolare il KELLER, *Pandette*, § 229, ritiene il dolo solo quando, riguardo ad un nudo fatto, si fece falsamente credere alla propria inconsapevolezza. Non sussiste però a dir vero alcun fondamento, per favorire l'azionabilità delle scommesse fatte con doppiezza.

(6) Così THÖL, *Diritto commerciale*, vol. I, § 305, pag. 102; in senso contrario STOBBE-LEHMANN, vol III, § 244, pag. 427; WINDSCHEID, vol. II, § 420, nota 1.

(1) Tit. Inst. *de donationibus*, 2, 7; Dig. 39, 5; Cod., 8, 53; MEYERFELD, *La teoria delle donazioni* [Die Lehre von den Schenkungen], vol. I, 1835, e vol. II, parte I, 1837; SAVIGNY, *Sistema*, vol. IV, pag. 1-297 [pag. 1-359 della Traduzione italiana dello SCIALOJA]; BEKKER, *Pandette*, vol. III, § 102, sgg; PERNICE, *Labeone*, vol. III, pag. 87; BURCKHARD, *Pel concetto della donazione* [Zum Begriff der Schenkung], 1899; BURCKHARD, *Sul § 269 dei Fragmenta Vaticana, Contributo alla teoria della donazione e della dote* [Zum Fr. Vat., 269, Beitrag zur Lehre von Schenkung und Dos] nella *Pubblicazione festiva* per DERNBURG, 1900. — Degno di considerazione è anche il REATZ, *La donazione* [Die Schenkung], nel *Parere dell' Ordine degli avvocati sul progetto di un Codice civile* [Gutachten aus dem Anwaltstand über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs], fasc. III, pag. 163.

(2) La collocazione della donazione nel sistema è malsicura. Le *Istituzioni* di GIUSTINIANO la coordinano alle cause di acquisto della proprietà, e la pongono accanto alla *usucapio*; ad esse si uniformavano prima i sistematici: non pochi dei moderni la trattano, come qui si fa, nel diritto delle obbligazioni, perchè sono particolarmente importanti le obbligazioni che da essa derivano. Altri infine, come segnatamente il PUCHTA, *Pandette*, § 53 e SAVIGNY, *loc. cit.*, pag. 3, le dan posto nella parte generale, perchè essa « è un carattere generale », che possono assumere i negozi giuridici più svariati, di modo che la donazione non costituisce un « negozio giuridico singolo ». La difficoltà è reale La sistematica romana, come l'odierna, classifica i diritti secondo la loro giuridica figura, secondo che trattisi quindi di proprietà, servitù, diritti di credito, ecc. Ma la donazione non s'individua secondo la sua giuridica figura, la quale nel fatto può essere la più varia, ma bensì pel suo particolare — economico — scopo. Essa si caratterizza dunque per una proprietà estranea al principio di classificazione del sistema. Diversi criteri di divisione si incrociano. Dacchè noi possiamo porre un unico principio, a base del

zione di un deposito (3), nei legati. Ma particolarmente distinta è la donazione, cioè la volontaria elargizione di vantaggi patrimoniali, mediante contratto.

Le donazioni non sono punto eticamente ed economicamente sempre giustificate. A volte esse avvengono incautamente, sotto l'impulso del momento, non di rado sotto una pressione morale, che sfrutta la debolezza del donante. Spesso ad esse tengon dietro dei pentimenti, se il donatario le ricambia con l'ingratitudine, o se si mutano le circostanze del donatore. Spesso inoltre non sono estranei ad esse scopi poco retti. Perciò le donazioni sono rese difficili dal diritto (4).

Appartiene al concetto della donazione:

1° Una elargizione in favore del donatario, a spese del patrimonio del donatore (5).

Essa è possibile mediante trasmissione in proprietà di cose corporee,

---

sistema, sono inevitabili alcune deviazioni dal corso rigorosamente sistematico. Cfr. BURCKHARD, *La collocazione della donazione nel sistema giuridico* [Die Stellung der Schenkung in Rechtssystem], 1891, e gli scrittori ivi citati.

(3) Anche siffatte liberalità son dette, in senso più lato, donazioni. Cfr. SAVIGNY, *loc. cit.*, pag. 13 e i testi ivi indicati.

(4) SAVIGNY, *loc. cit.*, pag. 1 sgg. designa la donazione come alcunchè di affatto positivo. Donazione è per lui il negozio giuridico, al quale si riferiscono le particolari limitazioni legali della donazione. Così anche il WINDSCHEID, § 367, nota 5ª; ARNDTS, § 80, nota 4. Tale concezione a nostro avviso non dà nel sogno. Le donazioni, le quali racchiudono in sè la diminuzione del patrimonio del donatore, hanno una particolare importanza pel donatore, pei suoi congiunti, pei suoi creditori. Esse, dal punto di vista economico e sociale sono un negozio proprio, e perciò sottoposte a particolari regole.

(5) Il diritto romano prende a base un concetto più ristretto nel divieto delle donazioni tra coniugi. Cfr. più sotto, § 108, n. 2; fr. 5, § 8, D. *de don. inter virum et uxorem*, 24, 1. ULPIANUS, libro 32, *ad Sabinum*... « definiri solet eam « demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem « faciet locupletiorem; cfr. § 16, *cod. frag.*; fr. 25, D. *cod.* [fr. 5, § 16, cit.: « Cum igitur nihil de bonis erogatur, recte dicitur valere donationem. ubicumque « igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, valet, vel, etiamsi demi- « nuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet »; fr. 25 cit.: « Sed « et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum « est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa « donaverat ei, non impediretur usucapio. nam ius constitutum ad eas donationes « pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: « itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas « fieri intellegenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest »]. Il Cod. civ. germ., § 516, capov. 1° dà questa definizione: « Una liberalità, per la quale alcuno dal suo patrimonio arricchisce un altro, è donazione, quando ambo le parti sono d'accordo in ciò, che avviene una attribuzione a titolo gratuito ». Non è una giusta definizione. Chi, per es., rilascia qualche cosa ad un vicino per levarselo d'attorno, come a dire terra vegetabile che si debba sgombrare per eseguire una fabbrica, non dona, sebbene egli conceda a titolo gratuito ed arricchisca il vicino.

o mediante cessione del loro possesso, o per mezzo della costituzione di diritti reali d'uso, di trasferimento di crediti, o per via di rinunzie, o promesse di donazione (6).

È anche ammissibile la donazione dell'intero patrimonio, sì dell'attuale che del futuro (7). Essa non dà luogo ad una successione universale, ma avviene invece mediante trasferimento di tutte le singole parti costitutive del patrimonio. Perciò il donatore, malgrado della donazione, resta come prima obbligato pei suoi debiti, i quali non obbligano il donatario di fronte ai creditori, finchè egli non gli abbia personalmente assunti. Ma il donatore può anticipatamente prelevare e ritenere le somme occorrenti per la estinzione dei debiti, e tutte le volte che ciò non fece può pretendere tale estinzione dal donatario (8-9).

---

(6) Cfr. Meyerfeld, *loc. cit.*, vol. I, pag. 93; Savigny, *loc, cit.*, pag.105. Si parla di donare « *dando* », « *promittendo* », « *liberando* ». — Sulla rinunzia, cfr. più sopra, § 65 in fine.

(7) La donazione dell'intero patrimonio futuro è dal Savigny ritenuta come invalida per diritto romano *loc. cit.*, pag. 142 [pag. 177 della Trad. ital. dello Scialoja], perchè sarebbe in fondo un patto successorio mascherato; per diritto comune sarebbe invece valida. Su quest'ultima opinione si è concordi — Trib. Imp., vol. XVIII, pag. 180 — non però sulla prima; cfr. Windscheid, vol. II, § 368, nota 9. Secondo il Cod. civ. germ., § 310, un contratto, mediante il quale taluno si obbliga a trasmettere od a gravare d'usufrutto il suo futuro patrimonio, od una quota-parte del suo futuro patrimonio, è nullo. Il corrispondente contratto riguardo al patrimonio presente è valido, ma ha bisogno della documentazione giudiziale o notarile; Cod. civ. germ., § 311.

(8) Fr. 28, D. *de donationibus*, 39, 5; fr. 72 pr., D. *de iure dotium*, 23, 3. Cfr. Cod. civ. germ., § 419 [fr, 28, cit.: « Hereditatem pater sibi relictam filiae « sui iuris effectae donavit: creditoribus heredifariis filia satisfacere debet, vel, « si hoc minime faciat et creditores contra patrem veniant, cogendam eam per « actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere »; fr. 72 pr., cit.: « Mulier bona sua omnia in dotem dedit: quaero, an maritus quasi heres one- « ribus respondere cogatur. Paulus respondit eum quidem, qui tota ex repromis- « sione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed « non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno »; § 419, cit.: « Se alcuno si assume, mediante contratto, il patrimonio d'un altro, i creditori di quest'ultimo, senza pregiudizio della permanenza della responsabilità del precedente debitore, possono fare valere anche contro l'accollatario, dal momento del contratto in poi, le loro pretese a quel tempo sussistenti. — La responsabilità dell'accollatario si limita alla consistenza del patrimonio assunto ed ai diritti che gli competono in forza del contratto. Se l'accollatario invoca la limitazione della sua responsabilità, trovano analoga applicazione le norme dei §§ 1990 e 1991, che riguardano la responsabilità dell'erede. — La responsabilità dell'accollatario non può essere esclusa o limitata da una convenzione tra lui ed il precedente debitore »].

(9) Il rifiuto, nell'intenzione di donare, di un acquisto offerto, ed in particolare di una eredità o di un legato, non cade sotto il divieto delle donazioni tra coniugi; fr. 5, §§ 13 e 14; fr. 31, § 7, D. *de don. inter virum et uxorem*, 24,

La gratuita concessione dell'uso di una cosa non è però anch'essa in sè una donazione, poichè non contiene in sè alcuna diminuzione del patrimonio. Ma è però certo una donazione, se essa implica l'abbandono di una regolare ed ordinaria fonte di rendita, come, per es., quando si concede per lungo tempo l'uso gratuito di una casa d'affitto (10-11).

2° La donazione deve procedere dall'intenzione di fare una liberalità, cioè dall'*animus donandi* (12). Quali ulteriori scopi si nascondano dietro di quella, se la benevolenza e la nobiltà d'animo, ovvero la millanteria, o basse aspirazioni, per es. di guadagnare il favore di una persona ricca d'influenza, o di una persona desiderata, è tutto indifferente pel concetto della donazione.

L'intenzione di donare riposa sulla positiva risoluzione della liberalità, e che dev'essere divenuta palese. Se l'intenzione di una trasmis-

---

1; infatti esso non rende il donante più povero di quello che era [fr. 5, §§ citt.: « Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Iulianus « scripsit libro septimo decimo digestorum donationem valere: neque enim pau- « perior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. repudiatio « autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier vel etiam ab intestato « heres futura. Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, « si mulier substituta sit in legato vel etiam si proponas eam heredem institutam »; fr. 31, § cit.: « Quod legaturus mihi aut hereditatis nomine relicturus es, potes « rogatus a me uxori meae relinquere et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex « bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse Proculus « ait, ne amore alterius alter despoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locu- « pletior fieret »]. Del rimanente anche in ciò si contiene una donazione; Reatz, *loc. cit.* Diversamente la nostra prima edizione; Regelsberger, *Pandette,* volume I, pag. 612; Hölder, *Pandette,* § 55. Diversamente anche il Cod. civ. germ., § 517. [« Non vi è donazione quando alcuno in vantaggio di un altro tralascia un acquisto patrimoniale, o rinunzia ad un diritto pervenutogli, ma non ancora definitivamente acquistato, ovvero rifiuta un'eredità od un legato »].

(10) Fr. 9 pr., D. *h. t.*, 39, 5. [« In aedibus alienis habitare gratis donatio « videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habita- « tione non solvit. potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti « si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo « petam »]. Savigny, *loc. cit.*, pag. 32.

(11) Secondo il fr. 23 pr., D. *h. t.*, 39 5, la remissione o la diminuzione d'interessi futuri non è donazione. [Fr. cit.: « Modestinus respondit creditorem « futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse nec in ea donatione « ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere »].

(12) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 39, 5. « Iulianus, libro 17, *digestorum*... propter « nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: « haec proprie donatio appellatur ». A ragione il Reatz, *loc. cit.*, combatte l'opinione dominante, che l'intenzione di donare debba identificarsi con l'intenzione dell'arricchimento dell'altra parte. Si dona, per es., quando diasi una somma per gl'istituti di fanciulli ammalati poveri, anche se questo dono non arricchisca alcuno. Sulla *causa donandi* cfr. Lenel, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXIV, pag. 230. Cfr. anche Trib. Imp., vol. XIV, pag. 193.

sione di patrimonio rimane nel buio, non deve supporsi una donazione, anzi di regola vi è fondamento per una *condictio sine causa,* e secondo le circostanze per un'*actio negotiorum gestorum* (13).

3° La donazione richiede un contratto tra il donatore e l'accipiente (14).

---

(13) In questo senso non è inesatto stabilire la regola, che le donazioni non si presumono. Cfr. fr. 33, fr. 44, D. *de neg. gest.*, 3. 5. [Fr. 33 cit.: « Nesennius « Apollinaris Julio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis « utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum « actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti, respondebatur aviam « iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur « alimenta, aut decreta essent. praeterea constitutum esse dicebatur, ut, si mater « aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repe- « tere. ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater pro- « baretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de « re ipsius nepotis eum aluisse. tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata « videantur. quaero quid tibi iustius videatur. respondi: haec disceptatio in factum « constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo « observandum. quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut « ipsum aut tutores eius conveniret? pone peregre patrem eius obisse et matrem, « dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua « specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus « Pius Antoninus constituit. igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes « eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impen- « sarum ea rettulisse aviam apparebit. illud nequaquam admittendum puto, ut de « utroque patrimonio erogata videantur ». Fr. 44 cit.: « Quae utiliter in negotia « alicuius erogantur, in quibus est etiam sumptus honeste ad honores per gradus « pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt. Qui pure testa- « mento libertatem acceperunt, actus, quem viventibus dominis administraverunt, « rationem reddere non conpelluntur. Titius pecuniam creditoribus hereditariis « solvit existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse. quamvis « animo gerendi sororis negotia id fecisset, veritate tamen filiorum defuncti, qui « sui heredes patri sublato testamento erant, gessisset: quia aequum est in damno « eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit »]. Nondimeno spesso, secondo le particolari circostanze del caso, dovrà ammettersi una donazione, quando taluno abbia prestato, senza esservi obbligato. In questo senso dice Papiniano, libro 10. *responsorum*, fr. 29 pr., D. *h. t.*, 39. 5: « Donari « videtur quod nullo iure cogente conceditur ». Il Windscheid, vol. II, § 365, nota 4, opina che il fr. 29 cit. offra « una determinazione di concetto assai insufficiente, poichè per esso anche, per es., la dazione di mutuo sarebbe donazione ». Ma Papiniano, in quella sua osservazione, era ben lungi dal voler dare una definizione. Cfr. anche il Cod. civ. germ., § 685, capov. 2°. [« Se i genitori o altri ascendenti prestano ai loro discendenti il sostentamento, o viceversa, deve nel dubbio ritenersi, che manchi l'intenzione di pretendere dall'accipiente il rifacimento »].

(14) Fr. 19, § 2, D. *h. t.*, 39, 5. Ulpianus, libro 76 *ad edictum*: « Non « potest liberalitas nolenti adquiri ». Vedi inoltre il fr. 18, D. *de rebus creditis*, 12, 1, sopra riportato al vol. I, § 213, nota 9; cfr. anche Cicero, *Topica*, cap. 8: « neque donationem sine acceptatione intelligi posse ». Burckhard, *Sull'accetta-*

Per lo scopo della donazione, può certo compiersi una elargizione anche senza l'assenso del favorito, per es. mediante il pagamento di un debito al suo creditore. Ma una donazione sorge da ciò solo, quando l'onorato accetti il benefizio, il che può avvenire tacitamente. Se egli rifiuta la donazione, resta debitore del corrispondente ammontare al donante, al quale allora compete la *condictio sine causa.*

4° Come sottospecie della donazione si sogliono rilevare:

a) Le donazioni rimuneratorie, a causa dei meriti dell'accipiente verso il datore od anche verso terzi, o verso tutti in generale (15). Ma tali donazioni di regola non si distinguono dalle altre.

b) Una propria specie costituiscono solo le donazioni a causa di morte *(mortis causa)*, sotto la condizione che l'accipiente sopravviva al donatore. Esse si avvicinano ai legati, ed in molti punti sono sottoposte alla teoria di essi (16).

---

zione della donazione. [Ueber Schenkungsannahme], 1892. Si può del resto riconoscere, come la giurisprudenza romana non pervenne, riguardo a questo requisito, a fissare un dogma unanimemente accettato. PERNICE, nella *Rivista della Fondazione di* SAVIGNY. Parte romanistica, vol. IX, pag. 215; BEKKER, vol. II, pag. 182. Anche pel Cod. civ. germ. la donazione è un contratto: cfr. § 516, capov. 2°. [« Se l'attribuzione sia avvenuta senza la volontà dell'altro, il concedente può invitarlo a dichiararsi intorno all'accettazione, fissando un congruo termine. Dopo il decorso di questo, la donazione si considera come accettata, se l'altra parte non l'abbia in precedenza respinta. Nel caso del rifiuto può essere richiesta la restituzione della cosa attribuita, secondo le norme che concernono la restituzione di un arricchimento ingiustificato »].

(15) HARBURGER, *La donazione rimuneratoria* [Die remuneratorische Schenkung], 1875. Ivi trovasi un prospetto storico dogmatico. G. BLUME, *Don. rimuneratoria* [Rem. Schenk.]. Dissertazione inaugurale Univ. di Friburgo. Su queste donazioni vedi maggiori particolari più oltre, § 108, in fine.

(16) A volte si designano come una particolare « specie » anche le donazioni modali. Ciò è tanto ingiustificato, quanto il volere fare una propria specie delle donazioni condizionali o a termine. Cfr. sulla *donatio sub modo* PERNICE, *Labeone*, vol. III, pag. 196; LENEL nell'*Arch. per la pratica civ.*, vol. LXXIX, pag, 75; Cod. civ. germ., §§ 525-527. [§ 525: « Chi fa una donazione sotto un onere, può reclamare l'adempimento dell'onere, se egli da parte sua ha prestato. — Se l'adempimento dell'onere è nel pubblico interesse, anche l'autorità competente, dopo la morte del donatore, può reclamarlo ». § 526: « Quando, in conseguenza di un vizio nel diritto o della cosa donata, il valore della liberalità non raggiunge l'ammontare delle spese richieste per l'adempimento dell'onere, il donatario è autorizzato a ricusare l'adempimento, finchè non venga compensata la differenza in meno dipendente dal vizio Se il donatario adempie l'onere, senza aver conoscenza del vizio medesimo, egli in tanto può pretendere dal donatore il risarcimento, per le spese cagionate dall'adempimento, in quanto esse sorpassino, a causa del vizio, il valore dell'attribuzione ». § 527: « Se l'adempimento dell'onere viene trascurato, il donatore in tanto può richiedere la restituzione del dono, sotto i presupposti stabiliti per il diritto di risoluzione nei contratti bilaterali, secondo le norme che concernono la restituzione di un arricchimento

§ 107. — Obbligazioni derivanti dalla donazione.

1° Le donazioni vengono spesso attuate non già mediante l'immediata consegna, ma per mezzo della promessa di donazione.

Secondo il diritto anteriore a Giustiniano, esse richiedevano la forma della stipulazione, ma Giustiniano dichiarò sufficiente il semplice contratto (1), senza pregiudizio delle particolari disposizioni sulle maggiori donazioni.

---

ingiustificato, in quanto il dono sarebbe dovuto essere impiegato per l'adempimento dell'onere. — Tale pretesa è esclusa, quando un terzo sia autorizzato a reclamare l'adempimento dell'onere »]. Una particolare specie di donazioni sono le « usuali », per es., in occasione del capo d'anno alla gente di servizio ed a terzi, come pure ai congiunti. Esse meritano un trattamento giuridico speciale. Ciò però non si rileva nel diritto romano. Cfr. REGELSBERGER, *Pandette,* vol. I, pag. 621. Diversamente il Cod. civ. germ., § 534 : « Le donazioni, con le quali si corrisponde ad un dovere morale, o ad un dovuto riguardo alla convenienza, non soggiacciono alla ripetizione o alla revoca ». Sul *negotium mixtum cum donatione* cfr. LAMMFROMM, *Divisione, mutuo*, ...1897, pag. 132.

(1) C. 35, §§ 5 *b* e sgg., Cod. *h. t.* 8, 53; § 2, I. *h. t.* 2, 7. [C. cit. 35: « Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus usus fructus fuerit a donatore « retentus, et traditionem iure intellegi fieri. Sin autem hoc minime donator expres- « serit, si quidem stipulatio donationi inserta sit, ex eius auctoritate traditionem « compelli fieri. Sin vero et hoc praetermissum sit et usum fructum minime « detinuerit, nihilo minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere « hoc quod donare existimavit, ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non « traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam « et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis « effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem « substantiae quam nominaverit vel totam substantiam tradere. Cum enim in « arbitrio cuiuscumque sit hoc facere quod instituit, oportet eum vel minime ad « hoc prosilire vel, cum ad hoc venire properavit, non quibusdam excogitatis « artibus suum propositum defraudare tantamque indevotionem quibusdam quasi « legitimis velamentis protegere ». § 2 cit.: « Aliae autem donationes sunt, quae « sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus. quae omnino « non comparantur legatis : quae si fuerint perfectae, temere revocari non pos- « sunt. perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis « manifestaverit : et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se « habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenis- « simum et perfectnm robur et traditionis neeessitas incumbat donatori. et cum « retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si « maiores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et quantitatem usque « ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione statuit, et « quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, « sed in se plenissimam habent firmitatem. alia insuper multa ad uberiorem « exitum donationum invenimus, quae omnia ex nostris constitutionibus, quas « super his posuimus, colligenda sunt. sciendum tamen est, quod, etsi plenis- « simae sint donationes, tamen si ingrati existant homines, in quos beneficium « collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus

L'adempimento della promessa di donare è pagamento del debito sorto da essa, ma non è punto la donazione.

Le obbligazioni derivanti dalla promessa di donare vengon trattate in modo particolarmente mite:

a) Il donante non deve interessi di mora (2);

b) Egli profitta del *beneficium competentiae*, e propriamente in modo, che prima vengono detratti gli altri suoi debiti, e quindi gli si rilasciano i mezzi di sussistenza (3).

2º La donazione obbliga il donatore a rispondere verso l'accipiente del dolo e della colpa grave (4). Egli è particolarmente tenuto al risarcimento, se dolosamente o per grave negligenza donò una cosa altrui, od affetta da vizi, nel caso che il donatario fece per essa delle spese, adempì degli oneri impostigli, ebbe a sopportare delle spese processuali per l'evizione, o quando il difetto della cosa stessa avesse danneggiato cose appartenenti al donatario.

Il donante, a carico del quale non pesa simile colpa, non è tenuto per l'evizione, nè per i vizi della cosa, ch'egli abbia immediatamente donata, ovvero prestata in adempimento di una promessa di donazione (5-6).

« certis ex causis eas revocare, ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his « quandam patiantur iniuriam vel iacturam, secundum enumeratos in nostra « constitutione modos »].

(2) Fr. 22, D. *h. t.* 39, 5. [« Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid « aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequi- « tatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non depu- « tetur »]. Windscheid, vol. II, § 366, nota 4. Gl'interessi processuali non sono interessi di mora. Perciò anche il donatore deve prestarli. L'esclusione degl'interessi di mora, secondo il diritto romano, era connessa storicamente al fatto, che l'azione derivante dalla stipulazione della donazione era *stricti iuris*. Ma non era questo l'unico fondamento di essa. Essa riposa sull'equità, e perciò attecchì anche nel diritto comune, malgrado che l'azione derivante dalla promessa di donare non avesse più un carattere di stretto diritto. Analogamente il Cod. civ. germ., § 522. [§ cit.: « Il donatore non è obbligato a corrispondere gl'interessi di mora »].

(3) Cfr. sopra § 57. Cod. civ. germ., § 519: « Il donatore è autorizzato a ricusare l'adempimento di una promessa data nella forma delle donazioni, in quanto, considerate le altre sue obbligazioni, non sia in grado di adempiere la promessa, senza che venga compromesso il suo sostentamento conforme al suo stato, o l'adempimento degli obblighi di alimenti che gl'incombono in forza di legge. — Se concorrono le pretese di più donatari, prevale quella sorta in precedenza ».

(4) Concordemente il Cod. civ. germ., § 521.

(5) Sulla evizione delle donazioni cfr. particolarmente Thibaut, *L'obbligo del donatore alla prestazione dell'evizione* [Die Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionsleistung] nelle sue *Monografie civili* [Civ. Abhandlungen], vol. VI, n. 4; Bekker, negli *Annali* suoi e del Muther, vol. VI, pag. 245.

(6) Fr. 18, § 3, D. *h. t.*, 39, 5. Ulpianus, libro 71, *ad edictum*: « Labeo ait, « si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic

§ 108. — **Limitazioni delle donazioni.**

I. Le norme limitatrici della donazione riguardano o la forma della conclusione, o il diritto materiale, vietando alcune donazioni, o rendendole annullabili o revocabili.

Per le donazioni oltre 500 solidi Giustiniano richiese l'insinuazione giudiziale (1), sia per dare al donante spazio per la riflessione, sia per

---

« evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo « posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. c. 2, Cod. *de evictionibus*, 8, 44, Paulus, *Sent.*, V, 11, § 5 [c. cit.: « Quoniam avus tuus, cum praedia « tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa « stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet heredi- « taria. nudo autem pacto interveniente minime donatorem hac actione teneri « certum est ». Paul., *loc. cit.*: « Invitus donator de evictione rei donatae promit- « tere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur, quia lucrativae rei « possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur »]. È veramente assai controverso, se valga in generale la non responsabilità del donatore a causa dell'evizione. Molti tra i moderni sostengono l'obbligo del donatore nelle promesse generiche di donazione. Così il Vangerow, vol. III, § 610, nota 2, afferma, che in esse la prestazione evitta debba considerarsi come non avvenuta, talchè il donatore debba un' altra cosa individua del genere promesso; ma il Windscheid, vol. II, § 366, nota 8, sostiene persino una obbligazione del donatore, a scelta del donatario, o alla prestazione di un' altra cosa, ovvero all' indennizzo dell'interesse del donatario a conservare la cosa ricevuta. Ma le fonti nulla conoscono di una siffatta responsabilità; infatti il riferimento alla donazione del fr. 46, D. *de legatis*, I, è malgrado del Vangerow, inattendibile. [fr. 46 cit.: « Quae « de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel « hominem dari promiserit »]. E neanche motivi intrinseci esistono a sostegno di essa. Gli avversari formalmente traggono delle deduzioni dal carattere dell'obbligazione generica, senza considerare la natura particolare della donazione. Chi, ad esempio, promette in forma di donazione un cavallo da sella, e compra, *bona fide*, un tal cavallo e lo consegna al donatario, vien duramente colpito dalla condanna alla consegna di un altro cavallo, o del risarcimento dell'interesse, se per mala sorte quel cavallo appartenesse ad un terzo, il quale lo evince. Egli invocherà il principio, che i donanti rispondono solo del dolo e della colpa grave, e che essi presuntivamente neanche intendono di addossarsi una maggiore responsabilità. Egli troverà del tutto incomprensibile la sua condanna, quando apprenda che andrebbe assoluto, se avesse prima comprato il cavallo, e poi lo avesse donato! Contro la teoria dominante anche il Bekker, *loc. cit.*, pag. 245; ma non deve accedersi alle sue distinzioni. Secondo il Cod. civ. germ., §§ 523, 524, il donante è tenuto in generale al risarcimento verso il donatario solo allora, quando dolosamente taccia un difetto nel diritto od un vizio della cosa donata. Nondimeno esistono particolari disposizioni pel caso, che il donante abbia promesso la prestazione di un oggetto, ed in particolare anche di un oggetto determinato secondo la specie, che ancora debba acquistare. Però anche in questi casi il donante è tenuto al massimo per la negligenza grave. Cfr. §§ 523, capov. 2° e § 524, capov. 2°.

(1) Marezoll, nel *Magazzino del* Löhr, vol. IV, pag. 175, e nella *Rivista del* Linde, vol. I, n. 1, 1828; I. Bremer, *Per la teoria della insinuazione delle*

assicurare una prova pubblica, pel caso di contestazioni che in seguito sorgessero (2-3).

---

donazioni [Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen] negli *Annali di* IHERING, vol. XIII, n. 3; HERBERT PERNICE, *Per la teoria della insinuazione delle donazioni*, Diss. Inaug. Univ. di Greifswald, 1882.

(2) Nel diritto antico le donazioni maggiori, a persone non legalmente eccettuate in particolare dalla *lex Cincia* — dell'anno 550 di Roma — erano proibite. Esse non erano propriamente nulle, ma annullabili, finchè sia giuridicamente che di fatto, non fossero state interamente eseguite. Perciò, particolarmente per le *res mancipi donatae*, oltre della *mancipatio* era anche necessaria la trasmissione del possesso, e, se trattavasi di cose mobili, occorreva pure, che il donatario fosse superiore nell'*interdictum utrubi*, cioè avesse posseduto *maiore parte anni*. Cfr. Fragm. Vat. §§ 298 sqq.; RUDORFF, *Storia del diritto romano*, vol. I, pag. 53 e gli scrittori ivi citati; POLLACK, *La revoca della donazione* [Schenkungswiderruf], 1886, pag. 17. [Fragm. Vat. §§ citt.: 298: PAULUS, libr. LXXI. *ad edictum ad Cinciam*. « Personae igitur cognatorum excipiuntur in (lege) his « verbis: sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve « eos sit, sive quis in alterius potestate, manu mancipiove erit, qui eos ac cogna- « tione attinget, quorumve (eorum quis) in potestate, manu mancipiove erit, eis « omnibus inter se donare, capere liceto. 299) Item. Quinque igitur gradus pleni « excepti sunt, et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina. 300) Item. Exci- « piuntur et ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum « in potestate, manu mancipiove erunt. 301) Item. Itaque si is, qui quinto gradu « est in potestate habeat alium, quamvis is mihi longiore gradu sit, dare ei potero. « Sic et lex Furia scripta est: eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam « personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum. 302) Item. Excipiuntur et « adfinium personae, ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener « nurus, vir et uxor, sponsus, sponsa. 303) Item. Sed duntaxat adfines qui sunt « tempore donationis, excipiuntur. Idemque etiam divus Pius rescripsit: leges « enim, quae voluissent etiam eos excipere, qui fuissent, nominatim id cavisse. « 304) Item excipit tutorem, ei, cuius tutelam gerit, si dare volet: nam quia « tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt, permisit eis (in) infinitum « donare. Contra ut possit pupillus donare, non excepit. 305) Item. Item excipit: « si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet. Igitur quocumque gradu « cognatus dotis nomine donare potest. 306) Item. Quaeritur, an et cognata « cognatae ultra exceptum dotem dare possit? Labeo scribit, non posse; sed ratio « aequitatis eadem in feminis est. 307) Item. Item excipit: si quis a servis (suis), « quique pro servis servitutem servierunt, accipit duitve iis. Verbis si quis a « servis suis liberti continentur, ut patronis dare possint. sequentibus vero exci- « pitur, ut is, qui bona fide serviit, si postea liber pronuntiatus sit, possit dare « ei, cui serviit. Sabinus utraque scriptura (libertum ait) contineri et bis idem « dictum. 308) Item. Sed tantum patronum a liberto excipit. quidam (tamen) « putant, etiam liberos patroni exceptos, quoniam libertus continetur servi appel- « latione: et sicut in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni conti- « nentur, ita et in hac lege. 309) Item. Contra an item liberti a patronis excepti « sunt? et hoc iure utimur, ut excepti videantur, ut et dare et capere lex « eis permitteat. 310) PAULUS, lib. XXIII, *ad edictum de brevibus*. Perficitur « donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione; quoniam neque « Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum SI NON DONATIONIS CAUSA MAN-

All'epoca della recezione del diritto romano, al posto del solido si pose il ducato imperiale, il cui valore venne fissato a 4 fiorini al titolo di 18 fiorini per marco. In conseguenza di ciò i 500 solidi ammontavano in moneta odierna a 4666 marchi e 67 pfennig (4).

« CIPAVI VEL PROMISSIONE DATURUM, idque et divus Pius rescripsit. 311) Item. « Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit dona-« tionem : (nam) in rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur, ut et in-« terdicto utrubi superior sit is, cui donata (res) est, sive mancipi mancipata « sit, sive nec mancipi tradita »]. Queste prescrizioni divennero antiquate nell' epoca imperiale cristiana. Frattanto era venuta in uso per le donazioni l' insinuazione giudiziale, che Costanzo Cloro rese necessaria nei suoi dominii. Cfr. BRUNNER, *Per la storia giuridica dei documenti romani e germanici* [Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde], pag. 128. Giustiniano esentò da questa forma anzitutto le donazioni sino a 300 solidi, c. 34 pr. Cod. *h. t.*, 8, 53, e poi quelle sino a 500 solidi : c. 36, 3, Cod. *h. t.* L'indirizzo della legislazione di Giustiniano portava al facilitamento delle donazioni, in gran parte per la ragione, che allora si favorivano assai i doni pii. [c. 34 pr. cit. : « Sancimus omnem donationem sive communem sive ante nuptias factam usque « ad trecentos solidos cumulatam non indigere monumentis, sed communem for-« tunam habere, ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in « huiusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias dona-« tiones ». a. 529. c. 36, § 3 cit. : « Ceteris etiam donationibus, quae gestis « intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione quingentos « usque ad solidos valituris. hoc etenim tantummodo ad augendas huiusmodi dona-« tiones addendum esse ex praesenti lege decernimus : anteriore tempore nostra « lege praecedente moderando, qua usque trecentos solidos factae donationes et « sine insinuatione firmitatem obtinere iussae sunt », a. 531].

(3) Gli oneri apposti devono detrarsi dalla donazione secondo il loro valore di stima: Trib. Imp., vol. XVIII, pag. 180. — Più donazioni fatte in diversi tempi alla stessa persona non vengono computate insieme : c. 34, § 3, C. *h. t.*, 8, 53 [« Si quis autem per diversa tempora in eandem personam multas faciat « liberalitates, quarum singulae quidem legitimam quantitatem non excedunt, in « unum autem compositae et praedicto modo exaggeratae redundare videntur et « maioris esse quantitatis, non videatur eas oportere in unum coadunare et intro-« ducere modos, per quos non convaleant et in irritum devocentur, sed e con-« trario et plures intellegantur et singulae secundum sui naturam optineant et « monumentorum observatione non indigeant »]. Non viene in considerazione, se la divisione avvenne « in fraudem legis ». cioè per eludere l'insinuazione: PERNICE, *loc. cit.*, pag. 38. Diversamente il PFAFF, *Per la teoria del c. d. « in fraudem legis agere »* [Zur Lehre vom so genannten « i. f. a. »], pag. 85. Il valore deve commisurarsi secondo il tempo in cui vien fatta la donazione.

(4) SAVIGNY, vol. IV. pag, 210, ritenne il *solidus* uguale a 4 fiorini, al titolo di 20 fiorini per marco, secondo il quale computo le maggiori donazioni incomincerebbero dai 4200 marchi. Ad esso si associò in gran parte la pratica, poichè si aveva così una cifra rotonda. Ma il FRANKE, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XLVII, n. 18, in modo storicamente esatto, ma praticamente inopportuno di fronte alla consuetudine che si formava, portò di nuovo in onore il titolo di 18 fiorini per marco. In conformità di questo decise il Trib. Imp., vol. I, pag. 313; vol VIII, pag. 145; vol. XVIII, pag. 180; cfr. BAHR, *Pratica del Trib. Imp.*

L'insinuazione, secondo il sistema romano, si faceva con l'inserire letteralmente nei libri giudiziali, *acta*, la dichiarazione orale fatta dal donatore davanti all'autorità giudiziaria (5). Secondo il diritto comune essa effettuavasi o per mezzo di una dichiarazione orale davanti all'autorità giudiziaria, e di cui veniva redatto un processo verbale, ovvero mediante un atto di donazione, consegnato all'autorità giudiziaria, il contenuto del quale veniva riconosciuto dal donante davanti alla stessa autorità, e su cui si compilava un processo verbale (6). La cooperazione del donatario non era ivi necessaria, l'accettazione della donazione da parte di lui poteva aver luogo senza forma, e in via stragiudiziale.

La donazione non insinuata era nulla per quanto eccedesse i 500 ducati, valida sino a quell'ammontare (7). Perciò le donazioni non insinuate di cose di maggior valore davano origine ad un condominio; il prorietario però della parte maggiore poteva reclamare, contro indennizzo, la proprietà dell'intero (8). La nullità doveva essere rilevata d'ufficio.

[Praxis des Reichgerichts], XX. — Il vero valore del *solidus* era maggiore sì dell'una che dell'altra valutazione: cfr. SAVIGNY, *Rivista per la scienza storica del diritto* [Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft], vol. VI, pag. 391; PINDTER e FRIEDLAENDER, *ivi*, vol. XII, pag. 9.

(5) C. 25, § 1, Cod. *h. t.*, 8, 53. [« In conscribendis autem donationibus nomen « donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut privatim, sed ut « tabulae aut quodcumque aliud materiae tempus dabit vel ab ipso vel ab eo « quem sors ministraverit perscribatur: actis etiam adnectendis, quae apud iudicem « vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant »].

(6) Sulla forza dell'insinuazione, cfr. Trib. Imp., vol. V, pag. 130; vol. VI, pag. 181.

(7) C. 34, § 1, Cod, *h. t.*, 8, 53 [« Si quid autem supra legitimam definitionem « fuerit donatum, hoc quod superfluum est tantummodo non valere, reliquam vero « quantitatem quae intra legis terminos constituta est in suo robore perdurare, quasi « nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur. « Exceptis donationibus tam imperialibus quam his, quae in causas piissimas pro- « cedunt: quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione « monumentorum fieri tam a retro principibus quam a nobis sancitum est, sed « firmam habere propriam maiestatem: alias vero, quae ad pietatem respiciunt « usque ad quingentorum summam et sine monumentis esse validas censemus. « His insuper ante nuptias donationibus, quae in adultas minores sui iuris con- « stitutas cuiuscumque summae procedunt, secundum veterum legum scita, et « nisi actis intervenientibus corroboratae sunt, suam retinentibus firmitatem. Sin « autem non in auro res donationis fuerint datae, sed per res mobiles vel im- « mobiles vel se moventes, quantitatem earum aestimari et, si quidem usque ad « legitimam solidorum summam erigatur, validam eam et sine monumentis con- « servari: sin autem amplioris summae inveniatur et minime actis comprobata « est, superfluum tantum vacuari »].

(8) Su maggiori particolari cfr. c. 34, § 2, Cod. *h. t.*, 8, 53. [« Ne autem com- « munione inducta donatori et qui liberalitatem suscepit aliqua oriatur contentio, « electionem damus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquae

Le donazioni di rendite non avevano bisogno dell' insinuazione, se la singola rata era inferiore ai 500 ducati, e se si limitavano alla durata della vita o del datore o dell'accipiente. Le donazioni di rendite acconsentite per più lunga durata, se a tempo indeterminato, dovevano insinuarsi, altrimenti erano del tutto nulle; se a tempo determinato, doveva computarsi insieme l'ammontare delle singole rate, e così si stabiliva se fosse necessaria l'insinuazione (9-10).

Secondo il Codice civile, per la validità di un contratto col quale si prometta una prestazione a titolo di donazione, si richiede la docu-

---

« aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est. Sin autem huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium et totum sibi vindicare »]. — L' attribuzione della cosa donata può essere procurata mediante negozi (particolarmente con terzi), i quali sono giuridicamente validi, malgrado della mancanza d'insinuazione. Allora si ha per tale mancanza solo una *condictio sine causa* del donante contro del donatario, per la restituzione dell'arricchimento al tempo dell'intentata azione. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 367, nota 7. La medesima azione aveva il donatore anche allora, quando più non poteva intentare la *vindicatio*, che dianzi gli competeva.

(9) C. 34, § 4, Cod. *h. t.*, 8, 53. GIUSTINIANO, dopo aver disposto, che la donazione di una rendita « intra vitam personarum vel dantis vel accipientis », non abbia bisogno dell'insinuazione, quando le singole rate non sorpassino il massimo legale, continua: « sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet », è necessaria l'insinuazione. A ragione il BRIEGLEB, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. XXXVIII, n. 6, interpreta il « vitae » come dativo, dipendente da « adiciatur », non già come genitivo retto da « tempus ». L'insinuazione, secondo la sua opinione, è necessaria, quando la rendita o viene estesa espressamente agli eredi di ambo le parti, ovvero almeno agli eredi dell'una, ed oltre la durata della vita dell'altra. Se il WINDSCHEID, vol. II, § 367, nota 6, obietta, che la rendita dovrebbe di conseguenza insinuarsi anche per un'estensione assai breve oltre la vita d'uno degli interessati, tale obiezione è irrilevante. Trattasi infatti di disposizioni positive, nelle quali ciò non deve punto sorprendere. Non occorre quindi alcuna modificazione del testo, come, ad esempio l'intercalazioue di un « non », proposta dal CUIACIO sul fondamento dei Basilici. Erronea è anche la spiegazione del ZOLL, negli *Annali* di IHERING, vol. XIV, n. 8, e del PERNICE, *ivi*, pag. 59. Il presupposto di essa, che le parole « vel dantis vel accipientis » debbano significare « *et* dantis *et* accipientis », è a nostro avviso impossibile. Cfr. ancora REGELSBERGER, *Pandette*, vol. I, pag. 616, nota 10. Nelle contemporanee donazioni a più persone non è decisiva la somma totale, ma bensì l'importo della donazione ad ogni singola persona. Diversamente il REGELSBERGER, *loc. cit.*, nota 9.

(10) Dalla necessità dell'insinuazione erano escluse: *a*) le donazioni del reggente od a favore di lui; *b*) per la ricostruzione di edifizi; *c*) pel riscatto di prigionieri; *d*) ad una donna per la costituzione di una dote in favore di lei.

mentazione giudiziale o notarile della promessa; la mancanza di forma vien sanata mediante l'effettuazione della prestazione promessa (11).

2. Le donazioni per atto tra vivi, tra coniugi, che rendevano più povero il donatore e più ricco il donatario, erano in Roma nulle. Ma diventavano valide, se il donatore moriva durante il matrimonio prima del donatario. Ciò è estraneo al Codice civile.

3. Il donatore ha il diritto alla revoca: (12-13)

---

(11) Cod. civ. germ., § 518.

(12) POLLACK, *La revoca della donazione* [Schenkungswiderruf], 1886. Vedi anche BOTHMER. *La giuridica costruzione della revoca* [Die rechtliche Konstruktion des Widerrufs] nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. LXI, pag. 335.

(13) Secondo il diritto classico il patrono aveva il diritto della revoca ad arbitrio delle donazioni fatte ai suoi liberti: *Fragm. Vat.*, § 272 [« Imperator Philippus « Agilio Cominio suo salutem. Inter patronos et libertos de iure donationum trac« tari non oportet, cum etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus « quantolibet tempore ea, quae sibi donata sunt, pleno iure ut dominus possederit, « tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit. Quod obser« vabitur etiam circa ea, quae libertorum nomine, pecunia tamen patronorum et « beneficio comparata sunt, nam qui obsequiis suis liberalitatem patronorum pro« vocaverunt, sunt digni, qui eam non retineant, cum coeperint obsequia negle« gere: cum magis eos conlata liberalitas ad obsequium inclinare debeat, quam « ad insolentiam erigere. Fundus autem, quem Agilio liberto donasse te scribis, « et decuria, quae ipsius nomine comparata est, recte sive in rem actione sive « condictione repetentur, nec ea libertus vindicabit, cum eas tantum donationes « vel pecuniae largitiones libertus obtinere debeat, circa quas voluntas patronorum « in supremam usque diem perseveraverit. Hoc tamen ius stabit intra ipsorum « tantum liberalitatem, qui donaverunt: ceterum neque filii eorum, neque suc« cessores ad hoc beneficium pervenient, neque enim fas est omnimodo inquie« tari donationes, quas is, qui donaverat, in diem vitae suae non revocavit »]. Più tardi tale diritto di revoca venne circoscritto ai casi d'ingratitudine del liberto: c. 1, Cod. *de revocandis donationibus*, 8, 55, ed oltracciò venne concessa a causa della sopravvenienza di figli del patrono: c. 8, Cod. *eod.*; GIUSTINIANO nella c. 10 Cod. *eod.* elevò a generale regola di diritto la revoca per ingratitudine [c. 1 cit.: « Etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet « tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure ut dominus possederit, tamen, si « ingratus sit, omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit ». Il seguito uniforme al § 272 dei Fragm. Vat. sopra riportati; c. 8, cit.: « Si unquam libertis « patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit « donatione largitus et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit « revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac dicione mansurum »; c. 10, cit.: « Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, « si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias « atroces in eum effundat vel manus impias inferat vel iacturae molem ex insidiis « suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit vel vitae « periculum aliquid ei intulerit vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi « impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime « implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicio dilucidis « argumentis cognitionaliter adprobatae, etiam donationes in eos factas everti con« cedimus, ne sit cuidam licentia et alienas res capere et fragilitatem ridere

a) in alcuni casi legalmente determinati di grave ingratitudine del donatario (14). La revoca è un diritto altamente personale del donante; essa deve seguire in confronto del donatario. Da questo diritto deriva un'azione di rivocazione contro il donatario ed i suoi eredi, diretta a ciò che ancora si trova presso il donatario, al tempo della dichiarazione di revoca (15).

« donatoris, et iterum ipsum donatorem suasque res perdere et praefatis malis « ab ingrato donationis acceptore adfici. Haec tamen usque ad primas personas « tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus « huiusmodi quaerimoniarum primordium instituere. etenim si ipso qui haec « passus est tacuit, silentium eius maneat semper et non a posteritate eius susci- « tari concedatur vel adversus ipsum qui ingratus esse dicitur vel adversus eius « successionem »].

(14) I casi erano i seguenti: *a*) ingiurie atroci; *b*) vie di fatto contro il donatore; *c*) rilevante danneggiamento del patrimonio; *d*) l'aver messo in pericolo la vita del donatore; ed infine *e*) il mancato adempimento delle obbligazioni imposte nella donazione. S'intende da sè, che sia richiesto sempre e dappertutto il dolo, perchè si abbia la « ingratitudine ». Particolari disposizioni valgono per la madre che passa a seconde nozze, riguardo alla revoca delle donazioni fatte ai figli del primo matrimonio; c. 7, Cod. *h. t.*, 8, 55, novella 22, cap. 35 [c. 7, cit.: « His « solis matribus, quae non in secundi matrimonii, foedus nupserint, sed unius tantum « matrimonii sunt. revocandarum donationum quas in filios fecerint ita decernimus « facultatem, si eos ingratos circa se esse ostenderint. Quidquid igitur is qui a « matre impietatis arguitur ex titulo donationis tenet eo die, quo controversiae « qualecumque principium iussu iudicantis datur, matri cogatur reddere. Ceterum « quae ante adhuc matre pacifica iure perfecta sunt et ante inchoatum coeptumque « iurgium vendita donata mutata in dotem data ceterisque causis legitime alienata, « minime revocamus. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vin- « dicationis tantum habeat effectum nec in heredem detur nec tribuatur heredi. « De ceteris autem, quae portentuosae vitalitatis abiectaeque pudicitiae sunt, satis « etiam tacite cautum putamus. Quis est enim, qui his aliquid arbitretur tri- « buendum esse, cum etiam illis, quae iure, secundas tamen contraxerunt nuptias, « nihil ex his privilegiis tributum esse vellemus? ». Novella 22, cap. 35, cit.: « Μήτηρ μέντοι δωρησαμένη τι τῷ παιδὶ τῶν οἰκείων εἴπερ εἰς δευτέρους ἔλθοι γάμους, « οὐκ ἂν δύναιτο κατὰ πρόφασιν ἀχαριστίας τὸ δεδομένον ἀνατρέπειν. οὐ γὰρ εκ καθαρᾶς « δοκεῖ γνώμης τὴν ἀχαριστίαν εἰςάγειν, ἀλλὰ τὸν δεύτερον γάμον ἐννοοῦσα ἐπὶ ταύτην « ἐλθεῖν τὴν σκῆψιν προείληπται. πλὴν εἰ μὴ καθαρῶς ὁ παῖς ἢ περὶ τὴν ζωὴν αὐτὴν ἐπι- « βουλεύων τῇ μητρὶ ἢ χεῖρας ἐπιβάλλων ἀσεβεῖς ἢ περὶ τὴν τῆς οὐσίας ὅλης ἀφαίρεσιν « πράττων τι κατ'αὐτῆς ἀποδεικνύοιτο »]. Il Cod. civ. germ., § 530. capov. 1°, dispone: « La donazione può essere revocata, se il donatario, per una grave mancanza contro il donatore, o contro un prossimo congiunto di lui, si è reso colpevole di nera ingratitudine ».

(15) Cfr. c. 7, § 3, Cod. *de revoc. don.*, 8, 55 [rip. alla nota precedente]; Petražycki, *La ripartizione dei frutti* [Fruchtvertheilung], pagina 190. La dichiarazione di revoca deve partire personalmente dal donatore, e può essere stragiudiziale. Essa dà fondamento all'azione di restituzione — *condictio causa finita* — la quale è attivamente e passivamente ereditaria. Pollack, *loc. cit.*, pag. 50. Anche secondo il Cod. civ. germ., la revoca è un diritto altamente personale del donatore (cfr. però anche § 530, capov. 2°); dopo la morte del

b) Secondo la pratica, chi al tempo della fatta donazione era senza prole aveva il diritto di revoca, se in seguito gli sopravveniva prole legittima. Anche questo diritto era personalissimo, e dovevasi trattare analogamente a quello della revoca per ingratitudine (16).

4. Le donazioni possono essere impugnate:

a) da parte dei creditori del donante che vengono pregiudicati dalla donazione, secondo quanto dispongono le leggi riguardanti le impugnative;

b) da parte degli eredi legittimari lesi nella legittima.

Tutte queste disposizioni vanno anche applicate alle donazioni rimuneratorie (17-18); infatti sono anch'esse donazioni.

---

donatario non è più ammessibile (cfr. § 532, periodo 2°). Se la donazione vien revocata, può essere domandata la restituzione della cosa donata, secondo le prescrizioni che concernono la restituzione di un arricchimento ingiustificato (§ 531, capov. 2°). [§ 530, cit.: « All'erede del donatore compete il diritto di revoca, solo quando il donatario con dolo ed ingiustamente ha ucciso il donatore o gli ha impedito la revoca »].

(16) Secondo il diritto giustinianeo il patrono era autorizzato a revocare le donazioni fatte ai suoi liberti, per sopravvenienza di figli, se egli al tempo della fatta donazione non aveva figli: c. 8 Cod. *de revoc. don.*, 8. 55 [rip. sopra nota 13]. Era ciò una reminiscenza del precedente diritto di revoca illimitato del patrono: Fragm. Vat., § 272. Da ciò non si può veramente, secondo l'esatta opinione, dedurre un generale diritto di revoca per la sopravvenienza di figli: tuttavia ciò avvenne in modo libero pel corso di secoli (vedi gli scrittori citati nel Pollack, *loc. cit.*, pag. 67), e si è formato così un diritto consuetudinario, ch'è umano ed opportuno. Ciò noi dobbiamo mantener fermo; così anche ritiene il Regelsberger, *Pandette*, vol. I, § 169, nota 16; in senso contrario il Windscheid, vol. II, § 367, nota 22, Trib. Supremo territoriale per la Baviera nell'*Archiv.* del Seuffert, vol. LII, n. 80. – Il diritto alla revoca non può riferirsi a doni insignificanti. Neanche deve ammettersi, che la nascita dei figli annulli di diritto la donazione precedentemente fatta, come supponevano gli scrittori citati nel Pollack, *loc. cit.*, pag. 67. Il Cod. civ. germ. non conosce questa causa di revoca, ma invece nei §§ 528, 529 un diritto più particolarmente regolato del donatore, di domandare la restituzione del dono, secondo le norme riguardanti la restituzione di un arricchimento ingiustificato, quando egli dopo il compimento della donazione non sia in grado di provvedere al suo sostentamento, conforme alla sua condizione, e di adempiere gli obblighi alimentari che gl'incombono per legge, verso i suoi parenti, il suo coniuge, od il suo precedente coniuge.

(17) Cfr. Trib. Imp., vol. IV, pag. 121; vedi però anche Cod. civ. germ., § 534; e più sopra § 106, nota 16.

(18) Ciò che vien detto donazione rimuneratoria costituisce a volte, in realtà, una « mercede », e non una donazione, ed allora naturalmente non sono applicabili le limitazioni delle donazioni. Un siffatto caso tratta Papiniano, libro 29, *quaestionum*, fr. 27, D. *h. t.* 39, 5. « Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum « rethorem ita scripsit: 'quoniam et cum patre meo semper fuisti et me elo- « quentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in « illo cenaculo eoque uti'. defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur « Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram

Una eccezione vale nondimeno per le donazioni, in ricompensa del salvamento del donante da pericolo di vita (19).

§ 109. — **La transazione** (1).

Transazione (*transactio*) è il contratto, che ha per iscopo di rimuovere l'incertezza di un diritto, o la non sicurezza del suo adempimento, per mezzo di reciproche concessioni (2).

« donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum « ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse ». La decisione di Papiniano presuppone che esistesse una regola di diritto, per la quale le donazioni di diritti di abitazione si considerassero come accordate soltanto pel tempo della vita del donante. Ciò risulta anche dal fr. 32, D. *h. t.* 39, 5. [« Lucius « Titius epistulam talem misit: 'Ille illi salutem, hospitio illo quamdiu volueris « utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere « hac epistula notum tibi facio': quaero an heredes eius habitatione eum pro« hibere possunt. respondit secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse « mutare voluntatem »]. Cfr. Harburger, *loc, cit.*, pag. 6. Sotto questi presupposti divenne importante la questione, se in verità si avesse una donazione od un onorario, e Papiniano, a ragione, si dichiara per l'ultima soluzione: vedi fr. 1, pr. D. *de extraordinariis cognitionibus*, 50, 13; Harburger, *loc. cit.*, pag. 15. Di conseguenza questa decisione nulla può provare per l'esenzione delle donazioni rimuneratorie dalle regole delle donazioni, appunto perchè non trattasi di una vera donazione. [fr. 1 pr. cit.: « Praeses provinciae de mercedibus ius dicere « solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. liberalia autem studia « accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant: rhetores continebuntur, grammatici, « geometrae »]. Cfr. del resto Windscheid, *loc. cit.*, vol. II, § 368, nota 11; diversamente Regelsberger, *Pandette*, vol. I, pag. 620; Hölder, *Pandette*, § 65, nota 3, pag. 290.

(19) Fr. 34, § 1, D. *h. t.* 39, 5 tratto dalle *Sentenze* di Paolo, V. 11, § 6. [fr. 34 cit.: « Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro « eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non merces eximii laboris « appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit ». Paul, *Sent.* cit.: « Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum « donare non prohibetur (si tamen donatio et non merces eximii laboris appel« landa est), quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit »]. La « donatio » vien dichiarata « inrevocabilis ». Ciò significava nel senso di Paolo, che essa non soggiace alle limitazioni della *lex* Cincia; ma nel senso di Giustiniano deve intendersi come una esenzione dalla regola dell'insinuazione giudiziale, ch'era entrata nell'uso al posto della *lex* Cincia. Anche la revoca per ingratitudine, e per sopravvenienza di figli è esclusa, come risulta dal tenore delle parole Cfr. del resto Regelsberger, *loc. cit.*, § 170, nota 8.

(1) Tit. Dig. *de transactionibus* 2, 15, Cod. 2, 4. Risch, *La teoria della transazione* [Die Lehre vom Vergleich], 1855; Sturm, *La teoria della transazione,* 1889; Bekker, vol. II, § 110; Oume Kendjiro, *De la transaction*, Paris, 1889; Bülow, *Forza assoluta della sentenza* [Absolute Rechtskraft des Urtheils], nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. LXXXIII, pag. 83; Oertmann, *La transa-*

1. La transazione, come la donazione, si caratterizza precipuamente dal suo scopo. I negozi per mezzo dei quali essa viene compiuta sono, al modo stesso che nella donazione, di diversa specie (3). Essa ha luogo segnatamente per via di un parziale riconoscimento o immediato adempimento di un diritto controverso, contro rinunzia a a più ampie pretese (4); così pure mediante rinunzia ad una pretesa contro una sodisfazione in danaro od in valore pecuniario (5). Chi

---

zione nel diritto civile comune [Der Vergleich im gemeinem Civilrecht], 1895; Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano*, 1900.

(2) Fr. 1, D. *h. t.*, 2, 15. Ulpianus, libro 50 *ad edictum*: « Qui transigit, « quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit ». Contro questa determinazione di concetto, Bülow, *loc. cit.*, pag. 83, nota 89, pag. 89, nota 97 *a*. Il Bülow considera come transazione solo il contratto, con cui vien fissato un rapporto giuridico controverso. I contratti, pei quali vien modificata una pretesa non controversa, come ad esempio il concordato nel fallimento, son da lui designati come « contratti di accomodamento ». In senso contrario Oertmann, *loc. cit.*, pag. 53; Bertolini, *loc. cit.*, pag. 54; come qui anche il Cod. civ. germ., § 779. [« Il contratto, col quale viene rimossa una controversia, o l'incertezza delle parti riguardo ad un rapporto giuridico, in via di reciproche concessioni (transazione), è inefficace, quando il rapporto di fatto, posto, secondo il contenuto del contratto, a base come sussistente, non corrisponde alla realtà, e la controversia o l'incertezza non sarebbe sorta nella conoscenza dello stato delle cose. — Alla incertezza sul rapporto giuridico è parificato il caso, in cui sia incerta la realizzazione di una pretesa »]. I Romani, del resto, adoperano spesso la parola *transactio* in un senso molto più ampio, ed intendono con essa i contratti d'ogni specie per la definitiva determinazione di un rapporto giuridico. Così, per es., nel fr. 8, § 6, D. *h. t.* 2, 15; cfr. Buhl, *Il contratto di riconoscimento* [Anerkennungsvertrag], pag. 79. Sui criteri proposti dal Buhl, vedi Windscheid, vol. II, § 413, nota 6 *a*. [fr. 8, § 6 cit.: « Eam transactionem oratio improbat, quae idcirco fit, « ut quis repraesentatam pecuniam consumat. quid ergo si quis citra praetoris « auctoritatem transegerit, ut quod per singulos annos erat ei relictum, conse- « queretur per singulos menses? aut quid si, quod per singulos menses ei relictum « erat, consequeretur per singulos dies? quid deinde si, quod consummato anno « ut acciperet, initio anni consequatur? et puto eam transactionem valere, quia « meliorem condicionem suam alimentarius tali transactione facit: noluit enim « oratio alimenta per transactionem intercipi »].

(3) Perciò anche la collocazione della transazione nel sistema è incerta, non meno che per la donazione. Vedi Risch, *loc. cit.*, pag. 12; Bülow, *loc. cit.*, vuole che la transazione venga posta nella parte generale accanto alla sentenza. Ciò ho fatto io da gran tempo nel mio *Diritto privato prussiano*, e solo per ragioni didattiche qui non si è fatto altrettanto.

(4) Il contenuto di una transazione su di una pretesa controversa può anche essere, che gl'interessati rendano per convenzione una parte di essa incontroversa e tosto esigibile, indipendentemente dall'altra parte, per la quale riservano la decisione giudiziale. Trib. Imp. Comm., vol. VIII, pag. 143. La concessione del creditore sta qui nella permissione del pagamento parziale, sul suo maggior credito, almeno secondo il suo assorto.

(5) C. 6, pr. Cod. *h. t.* 2, 4; c. 33, pr. Cod. *eod.* [c. 6 cit.: « Cum mota « inofficiosi querella matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem

transige è tenuto come un venditore per l'evizione, come pure pei vizi delle cose date in transazione (6).

2. Si può transigere su diritti di ogni specie, fin quanto le parti che transigono abbiano facoltà di disporne.

In Roma le transazioni fatte mediante semplice contratto (*pacta*), contro sentenze passate in giudicato, erano inefficaci. Per rendere possibili di fronte a queste le transazioni, occorreva la formale estinzione del debito risultante dal giudicato, mediante accettilazione. Ma oggi però la transazione non formale ha forza di rimuovere l'efficacia della sentenza passata in giudicato (7).

« bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel « omissam querellam per vos, qui matri heredes extitistis, iuris ratio non sinit. « Verum si fides placitis praestita non est, in id quod interest diversam partem « recte convenietis: aut enim, si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu « actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae prae- « scriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est ». c. 33 pr cit.: « Si pro fundo « quem petebas praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, « nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obli- « gatum post vel alienum pro parte fuerit probatum, instaurari decisam litem « prohibent iura »]. Oertmann, pag. 189. A causa della promessa di accomodamento, quando non fosse avvenuta mediante la stipulazione, vi era secondo il diritto romano solo un'*actio praescriptis verbis*, in favore di colui, il quale da parte sua aveva adempiuto la transazione. Cfr. Buhl, *loc. cit.*, pag. 112. Secondo il diritto comune ed il Cod. civ. germ. sorgono, come ben s'intende, dalla transazione immediatamente azioni per l'adempimento.

(6) C. 33 pr., § 1, Cod. *h. t.* 2, 4; Bertolini, *loc. cit.*, pag. 284. [c. cit., § 1: « Ex stipulatione sane, si placita servari secuta est, vel, si non intercessit, « praescriptis verbis actione civili subdita apud rectorem provinciae agere potest »]. Non può fondarsi una impugnativa sull'evizione della cosa data in transazione. — Se la transazione viene conchiusa mediante rinunzia ad una cosa, pretesa dall'altra parte, al rinunziante non incombe la garanzia per i vizi della cosa o per gli eventuali diritti dei terzi, neanche allora, quando egli avesse ottenuto un compenso. Cfr Bekker, negli *Annali* suoi e del Muther, vol. VI, pag. 238.

(7) Per lo più s'insegna: « senza incertezza, nessuna transazione »; da ciò conseguirebbe « l'invalidità della transazione, contro una sentenza non soggetta a contestazione ». Arndts, § 269. Ma o la sentenza era nota alle parti, ed allora se queste transigono, sarà stato loro incerto qualche punto, fosse pur solo l'adempimento; ovvero era ad esse ignota, ed allora si ha la incertezza subiettiva, da cui soltanto può dipendere la transazione. Il Windscheid svolge il concetto: che la transazione abbia per iscopo la decisione di una controversia e che perciò « vien conchiusa sotto il presupposto di una non seguita decisione avente forza di legge », anzi egli estende persino questo presupposto a ciò, che la causa non sia ancora stata definita da precedente transazione, giuramento o decisione arbitrale. Ciò è assai arbitrario: infatti se le parti nulla conoscono della precedente sentenza o transazione, nulla certo presuppongono a vuoto riguardo a ciò. Piuttosto si tratta di un processo storico. La transazione non formale — *pactum transactionis* — era inefficace di fronte alla *res iudicata*: const. 4 Cod. Gregoriani, L. I, tit. 11 « de re iudicata pacisci nemo potest » Paulus, *Sent.*, I. 1, § 5;

Sul contenuto di atti, ed in particolare di testamenti, si può di regola convenientemente transigere, soltanto dopo presane cognizione. Ma non esiste però un giuridico divieto delle transazioni prima della ispezione di essi (8).

---

const. 3 Cod. Hermogeniani, Tit. IV [c. 4 Cod. Greg. cit.: « Praeses provinciae « aestimabit, utrum de dubia lite transactio inter te et civitatis tuae ordinem facta « sit, an de re iudicata: quia de re iudicata pacisci meno potest ». Paul. Sent., § 5 cit.: « De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus. Post rem iudi- « catam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest »; c. 3 Cod. Hermog. cit.: « Pacto transactionis exactio iudicati non tollitur. Unde si « pater tuus condemnatus iudicio, post transegit et solvit, solutione magis quam « transactione tuum defende negotium et reliqua »]. Se i ffr. 7 pr., 11, D. *h. t.* 2, 15 ed il fr. 23, § 1, D. *de cond. indebiti* 12, 6 si esprimono in modo più generale, le conclusioni troppo spinte vengono troncate dalla c. 32 Cod. *de transactionibus* 2, 4. [fr. 7 cit.: « Et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intecesserit vel « appellare potueris »; fr. 11 cit.: « Post rem iudicatam etiamsi provocatio non est « interposita, tamen si negetur iudicatum esse vel ignorari potest an iudicatum « sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest ». fr. 23, § 1 cit.: « Si post rem iudicatam quis transegerit et solverit, repetere poterit idcirco, quia « placuit transactionem nullius esse momenti: hoc enim imperator Antoninus cum « divo patre suo rescripsit. retineri tamen atque compensari in causam iudicati, « quod ob talem transactionem solutum est, potest. quid ergo si appellatum sit « vel hoc ipsum incertum sit, an iudicatum sit vel an sententia valeat? magis « est, ut transactio vires habeat: tunc enim rescriptis locum esse credendum « est, cum de sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest, tran- « sigitur »]. c. 32 cit.: « Diocletianus et Maximianus: Si causa cognita prolata « sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis « sollemnitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi non est opinionis « incertae. proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta com- « petentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus « pridem iudicatis effectum adhibere curabit ». Secondo ciò le transazioni di fronte ad una sentenza erano valide, quando questa non si fosse tolta di mezzo mediante un'*acceptilatio*, dopo una precedente novazione. — Un'interpretazione affatto diversa dà veramente il Vangerow, vol. III, § 668. Secondo lui cioè l'obbligazione derivante dalla sentenza sarebbe annullata, « mediante la *stipulatio* Aquiliana e l'*acceptilatio*, incautamente adoperate », chi ha transatto avrebbe con ciò perduto l'*actio iudicati*, ma la transazione sarebbe stata tuttavia nulla, e la controprestazione si sarebbe quindi inutilmente promessa. Però queste sono delle asserzioni esorbitanti, da nulla giustificate. Poichè ora il contratto di remissione del diritto comune ha la forza della romana *acceptilatio*, possono attualmente esser conchiuse transazioni anche di fronte a sentenze passate in giudicato. Tale era l'opinione dei pratici più antichi. Così anche il Bekker, vol. II, pag. 266. In senso contrario il Regelsberger, *Pandette*, vol. I, pag. 623, nota 6 e segnatamente il Bülow, *loc. cit.*, pag. 83. Cfr. sulla questione anche Oertmann, *loc. cit.*, pag. 206 sgg.; Bertolini, *loc. cit.*, pag. 345.

(8) Gaius, libro 17 *ad edictum provinciale*, fr. 6, D. *h. t.* 2, 15 (cfr. fr. 1, § 1, D. *test. quemadmodum aper.* 29, 3), parlava solo della impossibilità di fatto, di transigere su di un testamento non ancora aperto; più di uno, come ad esempio il Brinz, vol. I, pag. 384, ritiene, che i compilatori, staccando l'osservazione di Gaio dal suo contesto, avrebbero creato un'impossibilità giuridica. Nondi-

Le transazioni sugli alimenti futuri han bisogno della conferma giudiziale (9).

3. Le transazioni sono simili a sentenze giudiziali, poichè mirano, come queste, a por fine ad una lite (10). Secondo la legge di procedura civile, le transazioni conchiuse su di una lite pendente sono persino eseguibili, come le sentenze, davanti ad una autorità giudiziaria tedesca (11).

La transazione si può opporre ai fideiussori, e ad altri obbligati in via accessoria, solo nel caso che costoro vi abbiano preso parte, o l'abbiano posteriormente ratificata. D'altra parte essa profitta ai medesimi, qualora la invochino. Ma con ciò essi la riconoscono anche contro di sè.

4. Secondo il carattere degli uomini, non di rado sulla transazione e sulla portata di essa sorge nuova controversia, quando ritengano di essersi troppo affrettati, e di essere stati soverchiati.

Le transazioni sono naturalmente annullabili a causa di violenza, dolo od errore essenziale, secondo i principii generali.

All'incontro non vi ha fondamento per l'impugnativa, se un rapporto di cose, su cui si è transatto, venga in seguito messo in chiaro mediante la scoperta di nuovi documenti, salvochè siano stati questi dolosamente occultati dall'avversario (12).

Ma le transazioni eliminano soltanto i punti controversi sui quali si volle transigere. In che cosa questi consistessero, risulta non solo dal tenore della transazione, ma anche dal complesso dei fatti, su cui si fondano le pretese fatte valere (13-14).

---

meno siffatte transazioni non accadranno facilmente, e se esse accadono, avranno il loro particolare fondamento. Perchè dunque il divieto? Esso non dev'essere supposto. Cfr. Windscheid, vol. II, § 414, nota 12; Regelsberger, *loc. cit.*, nota 8; Oertmann, *loc. cit.*, pag. 228 sgg. [fr. 6, D. cit.: « De his controversiis, « quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter « potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti ». fr. 1 cit,: « Ratio autem « huius edicti manifesta est: neque enim sine iudice transigi neque apud iudicem « exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter « potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti »].

(9) Cfr. più sopra § 31, nota 6; Bertolini, *loc. cit.*, pag. 150.

(10) C. 20, Cod. *h. t.*, 2, 4, « non minorem auctoritatem transactionum quam « rerum iudicatarum esse ». Oertmann, *loc. cit.*, pag. 122 sgg.

(11) Legge di procedura civile, § 794, num. 1, 2.

(12) C. 19, Cod. *h. t.*, 2, 4. [« Sub praetextu instrumenti post reperti tran- « sactionem bona fide finitam rescindi iure non patiuntur. sane si eam per se vel « per alium subtractis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse « probetur, si quidem actio superest, replicationis auxilio doli mali pacti exceptio « removetur, si vero iam perempta est, infra constitutum tempus tantum actionem « de dolo potes exercere »].

(13) Fr. 12, D. *h. t.*, 2, 15. Celsus, libro 3, *digestorum*: « Non est ferendus « qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea

IV. — *Contratti di locazione* (1).

§ 110. — **Le specie dei contratti di locazione. Sviluppo storico.**

I contratti di locazione pongono ai nostri servigi, a tempo determinato, cose o forze lavoratrici, contro un equivalente in danaro. Ve ne sono tre specie principali:

« causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam « quod posteriore legatum sit, si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe « mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, « quas tunc noverat, scriptura contineretur ». Cfr. fr. 36, D. *fam. ercis*, 10, 2 e c. 42, Cod. *h. t.*, 2, 4. [fr. 36 cit.: « Cum putarem te coheredem meum esse « idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio et a iudice invicem « adiudicationes et condemnationes factae sunt: quaero, rei veritate cognita utrum « condictio invicem competat an vindicatio? et an aliud in eo qui heres est, aliud « in eo qui heres non sit dicendum est? respondi: qui ex asse heres erat, si, « cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae « iudicium et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudi- « cati solvit, repetere non potest. sed tu videris eo moveri, quod non est iudi- « cium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum: sed quamvis non sit « iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat con- « demnatum. quod si neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes esse ut acceperint « familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, « quod diximus in altero. plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem « earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit qui fuit heres, « competere dici potest: non enim transactum inter eos intellegitur, cum ille « coheredem esse putaverit ». c. 42 cit. « Si ex falsis instrumentis transactiones « vel pactiones initae fuerint, quamvis iusiurandum his interpositum sit, etiam « civiliter falso revelato eas retractari praecipimus: ita demum ut, si de plurimis « causis vel capitulis eaedem pactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel « pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convincta fuerit, aliis « capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, con- « troversia orta decisa sopiatur »]. Il WINDSCHEID, *Pandette*, vol. II, § 414, pone come principio: presupposto di una transazione su di una pretesa controversa è, che i fatti ammessi come veri, e la cui irrealtà escluderebbe la controversia, siano veri, come pure che non siano veri altri fatti, la cui verità escluderebbe la controversia. Cfr. anche WINDSCHEID, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXVIII, pag. 186 sgg. Ma le parti non sogliono conchiudere transazioni sotto numerosi presupposti non espressi, come suppone il WINDSCHEID, *loc. cit.* Esse vogliono por fine alla controversia, e stabilire una solida base, non già avanzarsi su di un terreno minato. Cfr. BRINZ, vol. I, pag. 383. Solo può importare la questione svolta anche da Celso: su che cosa vollero le parti transigere, e che cosa alla conclusione della transazione era lungi dal loro orizzonte? Cfr. REGELSBERGER, nell' *Arch. per la prat. civ.*, vol. XLVII, pag. 160, DERNBURG, *Diritto privato prussiano*, vol. I, § 82, nota 14, HEROLD, nella *Rivista di* GRÜNHUT, vol. XVI, pag. 694, LENEL, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXIX, pag. 80 sgg., REGELSBERGER, *Pandette*, vol. I, pag. 626, OERTMANN, *loc. cit.*, pag. 234. Sostanzialmente è conforme il Cod. civ. germ., § 779.

(14) Non di rado, in Roma si conveniva che le controversie si dovessero decidere, mediante giuramento stragiudiziale di una delle parti — il cosiddetto con-

a) la locazione di cose — *locatio conductio rei;*

b) la locazione di servigi — *locatio conductio operarum;*

c) l'assunzione di un'impresa — *locatio conductio operis.*

Da un piccolo germe sorsero questi istituti così importanti per la vita civile (2).

1. La locazione di cose si sviluppò anzitutto riguardo alle cose mobili. L'affitto di bestiame da tiro era già noto alle dodici tavole (3); quello di schiavi, per es., pei lavori di mietitura, può del pari essere occorso di buon'ora (4). In simili affitti deve essersi formata e naturalizzata la denominazione « *locatio condutio* », « collocare » e « condur via »; infatti per le altre cose essa non è appropriata. Evidentemente un affitto degl'immobili venne per la prima volta in uso, dopo che quelle espressioni per i semoventi avevano già acquistato il senso di affitto. Nel fatto i possessori di fondi ed abitatori dell'antico Lazio erano o proprietari o precaristi, ma non già fittavoli e pigionali (5).

---

tratto di giuramento decisorio: — fr. 17 pr., D. *h. t.*, *de iureiurando*, 12, 2. [« Iusiurandum, quod ex conventione extra iudicium defertur, referri non potest »]. Tali convenzioni non hanno più forza nel diritto comune. Esse farebbero, in modo inammessibile, giudice della propria causa la parte, alla quale veniva affidato il giuramento: pene, come quelle che in Roma colpivano chi scientemente giurava il falso, — fr. 13, § 6, D. *h. t.*, 12, 2 — non più si verificano pei giuramenti privati. [fr. cit.: « Si quis iuraverit, in re pecuniaria per genium principis dare « se non oportere et peieraverit vel dari sibi oportere, vel intra certum tempus « iuraverit se soluturum nec solvit: imperator noster cum patre rescripsit fustibus « eum castigandum dimittere et ita ei superdici: προπετῶς μὴ ὄμνυε »], Trib. Imp. per le cause penali, vol. V, pag. 94. Della stessa opinione è il Savigny, *Sistema*, vol. VII, pag. 85 [pag. 108 della Traduzione italiana dello Scialoja]; in senso contrario il Windscheid, vol. II, § 418, nota 7.

(1) Tit. Inst., *de locatione et conductione*, 3 24; Dig. *locati conducti*, 19, 2, Cod., 4, 65.

(2) Cfr. Carlo Cristoforo Burckhard, *Per la storia della « locatio conductio »* [Zur Geschichte der *loc. cond.*], 1889.

(3) Gai, *Inst.*, IV, § 28. « Lege autem introducta est pignoris capio, veluti « lege XII tabularum... adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, « quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacri- « ficium impenderet. Cfr. su di ciò il Burckhard, *loc. cit.*, pag. 15.

(4) Dai testi addotti dal Brinz, vol. II, pag. 752, nota 4, risulta, che in Plauto « *conducere* » significa costantemente il « condur seco » i lavoratori. Così anche Burckhard, *loc. cit.*, pag. 28. Ciò non ci deve trarre in errore, per non ritenere che nei trattati dei giuristi delle *Pandette* la locazione d'immobili abbia la parte principale. Essa infatti costituisce il caso più importante sin dagli ultimi secoli della repubblica. L' adattare in certo modo ad essa le regole tradizionali della locazione, era di certo anche un compito particolarmente difficile, che i giuristi dovevano risolvere. Invece secondo il Karlowa, *Storia del diritto romano* [Römische Rechtsgeschichte], vol. II, pag. 636, la locazione d'immobili fu la più antica!

(5) Sullo scritto del Mommsen, *Le origini romane della vendita e della locazione* [Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe], nella ***Rivista della Fon-***

Se noi prendiamo le mosse dal fatto, che il caso originario della romana locazione di cose fu l'affitto di semoventi, che per esso si formarono le linee fondamentali della teoria della locazione, e che solo più tardi tale teoria venne trasportata ai contratti di locazione riguardo agl'immobili, si spiega più d'un fenomeno singolare del diritto della locazione romano.

Così quello, che per gli affitti non esistevano in Roma termini legali di disdetta, e se perciò nulla era stato specificamente convenuto, ciascuna parte poteva in ogni tempo por termine al rapporto. Ciò è naturale per il nolo di cose mobili, ma è sorprendente per la conduzione d'immobili, e particolarmente per la conduzione di fondi rustici.

Anche la massima romana di diritto, per la quale il compratore, a cui è stata trasmessa in proprietà la cosa locata, non è vincolato ai contratti di affitto del suo venditore, non ha nulla che faccia maraviglia riguardo all'affitto di mobili. All'incontro difficilmente potrebbe comprendersi che avesse potuto svilupparsi nell'affitto d'immobili, ed in particolare nei rapporti di conduzione di fondi rustici (6).

Poichè la locazione di mobili per lo più avviene per breve tempo, più o meno indeterminato, era naturale, che solo alla fine dell'affitto si eseguisse di regola il pagamento del nolo — *postnumerando* — in proporzione alla durata dell'uso. Se la cosa periva per caso fortuito, il nolo di conseguenza non continuava a decorrere. Così può essersi stabilito il principio: *periculum est locatoris*, pel quale il rischio vien diversamente regolato, che negli altri negozi bilaterali, specialmente nella vendita.

2. La *locatio conductio operarum*, nella quale persone libere locavano i loro servigi, era di fatto assai affine all'affitto di schiavi o di altri, soggetti alla potestà familiare, conchiuso dal *pater familias*.

---

dazione di SAVIGNY, Parte romanistica, volume VI, pag. 260, vedi il BURKHARD, *loc. cit.*, pag. 16.

(6) Non stanno con ciò in contraddizione i concetti svolti nel mio *Diritto di pegno,* vol. II, pag. 65, e nella monografia: *Concetto e sviluppo del possesso giuridico* [Begriff und Entwickelung des juristischen Besitzes], pag. 69, come neanche la esposizione del PERNICE, *Labeone*, vol. I, pag. 467. A locazione, osserva il Pernice, abitavano in Roma le persone di condizione inferiore — liberti, clienti, poeti —; l'accordare ad essi una particolare difesa giuridica di fronte ai capitalisti non era nel concetto dei giuristi romani. Per quanto esatto sia ciò, era nondimeno più facile introdurre le relative regole, per la locazione di abitazioni e di fondi rustici, quando esse si ricollegassero al precedente sviluppo della locazione, di quel che sarebbe stato, se si fosse dovuto mettere in mostra il pretto egoismo di classe. Cfr. su di ciò recentemente il PERNICE, *Parerga*, VIII, *Rivista per la Fondazione di* SAVIGNY, vol. XIX, pag. 89.

Il lavoratore che si esponeva sul mercato del lavoro, era il *locator*, il padrone del lavoro, che lo conduceva seco al lavoro, *conductor*.

3. Nella *locatio conductio operis* il padrone del lavoro vien detto *locator*, e l'imprenditore del lavoro dicesi *conductor*.

Donde questo scambio? Se si pensa come caso originario il condurre al pascolo il bestiame altrui, queste denominazioni si possono spiegare in modo chiaro (7). Quando ad esso si paragonarono altri lavori, rimase all'imprenditore il nome di « *conductor* ».

Il *locator* agisce con l'*actio locati*, ed il *conductor* con l'*actio conducti*.

§ 111. — *a*) La locazione di cose.

1. Il campo della locazione di cose, cioè del contratto circa la concessione di cose per l'uso a tempo, contro un prezzo (1), è assai vasto.

Oggetto di essa possono essere cose mobili, immobili urbani e rustici, diritti utilizzabili, e persino negozi industriali.

Essa può consistere nella concessione del semplice uso — locazione in senso stretto —, o nell'abbandono di rendite, particolarmente di frutti — affitto di fondi rustici. Ambedue i negozi si distinguono nel diritto romano solo in poche particolarità (2).

Il prezzo consiste essenzialmente in danaro (3), ovvero in frutti.

---

(7) Cfr. fr. 9, § 5, D. *h. t.*, 19, 2 « si quis vitulos pascendos conduxit ». Analogamente il BRINZ, vol. II, pag. 752, nota 4. Man mano si sarà inteso il « locare » nel senso di « togliersi » e « conducere » nel senso di « prendersi alcunchè di vantaggioso »: PERNICE, *Rivista per la storia del diritto*, Nuova serie [Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F.], vol. III, pag 55; cfr. anche ivi vol. IX, pag. 239. Difficilmente si sarebbe pervenuti ad adottare tali espressioni per le locazioni d'opere.

(1) Fr. 2 pr., D. *h. t.*, 19, 2; GAIUS, libro 2, *rerum cottidianarum*: « ... locatio « et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit ». Naturalmente le parti devono essere d' accordo anche sull' oggetto della locazioue, non meno che sulla durata di essa, e specialmente se a tempo indeterminato od a tempo determinato, e in quest'ultimo caso, per quanto tempo.

(2) Cfr. del resto PFIZER, *Affitto di fondi e locazione in senso stretto* [Pacht und Miethe], nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXI, pag. 445. I Romani non hanno una particolare denominazione per l'affitto di fondi rustici. Nondimeno il fittavolo si chiama per lo più « colonus », il pigionale, spesso, « inquilinus ». Rilevanti sono le differenze tra la locazione e l' affitto di fondi rustici nel Cod. civ. germ.

(3) § 2, I. *h. t.*, 3, 24. [« Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis « rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et con- « ductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et « invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit non esse loca- « tionem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum

La colonìa parziaria in particolare, per la quale deve corrispondersi via via al locatore una quota del prodotto dei frutti, è una specie della locazione (4).

La concessione di un guadagno contro altri equivalenti, per es. servigi, non è locazione (5), ma è in sostanza ad essa analoga.

Il contratto di locazione non presuppone, che il locatore sia il proprietario della cosa locata o che abbia su di essa un diritto di usufrutto. Le obbligazioni reciproche del locatore e del conduttore sorgono

---

« unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per « denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos « periit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio. quia non fuit « gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est »]. Diversamente il Cod.civ germ.

(4) Fr. 25, § 6. D. *h. t.*, 19, 2; Gaius, libro 10, *ad edictum provinciale*: « ..... partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino « fundi partitur ». La colonìa parziaria non è di regola una società, come afferma il Waaser, *La « colonia partiaria » del diritto romano* [Die c. p. des römischen Rechtes], 1885. Solo la ripartizione dei frutti col padrone del fondo rassomiglia alla società: nel rimanente si ha un rapporto di fitto. È decisiva, in favore di ciò, l'intenzione delle parti. Le norme della società non corrisponderebbero agli scopi cui esse mirano nel rapporto da loro costituito. Cfr. più oltre § 124, nota 6, Pernice, *Parerga*, nella *Rivista per la storia del diritto*, Nuova serie, vol. III, pag. 57. Zachariae di Lingenthal, nella *Rivista della Fondazione di* Savigny, Parte romanistica, vol. XII, pag. 80: Ferrini, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXXI, pag. 1; Zobkow, *La colonìa parziaria* [Die Theilpacht], 1895; Crome, *I negozi giuridici parziarii* [Die partiarischen Rechtsgeschäfte], 1897, pag. 37 sgg. Il Cod. civ. germ. non fa menzione della colonìa parziaria. Il fitto può essere stabilito anche in determinate prestazioni di prodotti naturali: c. 8, c. 21, Cod. *h. t.*, 4, 65. [c. 8 cit.: « Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen « expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tem- « pestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent. et « quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non proba- « buntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis. eamque formam « qui ex appellatione cognoscet sequetur ». c. 21 cit.: « Si olei certa pondera- « tione fructus anni locasti, de contractu bonae fidei habito propter hoc solum, « quod alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet »].

(5) Fr. 5, § 2, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5; § 2, I., *h. t*, 3, 24. Cfr. sopra nota 3 [fr. 5, § 2, cit.: « At cum do ut facias. si tale sit factum. quod locari « solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu « emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod « mea interest vel ad repetendum condictio. quod si tale est factum, quod locari « non possit. puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra « quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive « finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque « manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus « convenit. sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumi- « sisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem « Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem »].

bensì, anche se il primo non abbia alcun diritto sulla cosa da lui locata (6).

2. Il conduttore ha diritto:

a) Alla consegna fatta in tempo debito della cosa locata, ed alla garanzia del godimento di essa per la durata dell'affitto, e propriamente nello stato conforme al contratto, e con le pertinenze convenute od usuali (7);

---

(6) Fr. 7, fr. 9 pr., § 6, D. *h. t.*, 19. 2 [fr. 7 cit.: « Si tibi alienam insulam « locavero quinquaginta tuque eandem sexaginta Titio locaveris et Titius a domino « prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere « placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta »; fr. 9 pr., rif. al § 44, nota 5; § 6, *eod. fragm.* cit.: « Si alienam domum mihi locaveris eaque mihi legata vel « donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore prae- « terito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum: « 10) et ego ex conducto recte agam vel in hoc, ut me liberes »]. La conduzione della cosa propria è nulla, salvochè il conduttore giuridicamente o di fatto sia privo dell'uso di essa; fr. 28, D. *de adquir. vel amit. poss.*, 41, 2 [« Si aliquam rem « possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem? multum re- « fert in his, quid agatur: primum enim refert, utrum sciam me possidere an « ignorem: et utrum quasi non meam rem conducam an quasi meam: et sciens « meam esse, utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum. nam et « si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, « utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio spe- « cialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus inter- « veniat »].

(7) Fr. 15, § 1; fr. 19, § 2, D. *h. t.*, 19, 2; fr. 19, § 5, D. *eod.* [fr. 15, § 1 cit.: « Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui « ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, « aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si « quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur »; fr. 19, § 2, cit.: « Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae « soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex lo- « cato tenetur. et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse prae- « standa et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere « ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere. quod si culpa coloni « quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri. fiscos autem, quibus ad pre- « mendam oleam utimur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit: quod si « regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et co- « cleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere. item aenum, in quo « olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere, « sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare oportebit. haec « omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit »; § 5, *eod. fragm.* cit: « Si inquilinus arcam aeratam in aedes contulerit et aedium aditum « coangustaverit dominus, verius est ex conducto eum teneri et ad exhibendum « actione, sive scit sive ignoraverit: officio enim iudicis continetur, ut cogat eum « aditum et facultatem inquilino praestare ad arcam tollendam sumptibus scilicet « locatoris »]; Cod. civ. germ., §§ 536, 581 [§ 536 cit.: « Il locatore deve consegnare al conduttore la cosa locata nello stato atto all'uso conforme al contratto,

b) Al risarcimento dei danni, per qualsiasi colpa del locatore (8).

Se la cosa presa in fitto non gli viene consegnata in tempo debito, ovvero se gli venga, sia pur temporaneamente, sottratta, egli ha un diritto di recesso (9). Ma deve nondimeno tollerare un breve indugio nella consegna, o un posteriore impedimento passeggiero, se al riguardo trattisi solo di quei disturbi, che nella vita non sono facilmente evitabili, e che si sogliono sopportare (10).

Oltracciò devesi prestare al conduttore il risarcimento, per la mancata concessione, totale o parziale, o per la sottrazione della cosa, se ciò sia avvenuto in conseguenza di colpa del locatore (11), od anche senza di questa, in conseguenza del poziore diritto di un terzo, diritto esistente al tempo della locazione ed ignoto al conduttore (12).

---

e mantenerla in tale stato durante il tempo della locazione »; § 581 cit.: « In forza del contratto di fitto di fondi rustici, il locatore è obbligato ad assicurare al fittavolo l'uso del fondo locato ed il godimento dei frutti, in quanto secondo le regole di un'ordinata amministrazione devono riguardarsi come reddito... »].

(8) Fr. 19, § 5, D. *h. t.*, 19, 2; c. 28, Cod. *h. t.*, 4, 65 [c. cit.: « In iudicio « tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non « potest, venire constat ». Cfr. però PERNICE, *Labeone*, volume II, 1ª edizione, pag. 326.

(9) Fr. 24, § 4, D. *h. t.*, 19, 2; PAULUS, libro 34, *ad edictum*: « ..... sera « est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore quo frui colonus aliis rebus « illigatus non potest, quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit « omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora « minnet » — parole famose. Cfr. più sopra, § 35, nota 2; PFIZER, *Arch. per la pratica civile*, vol. LXXI, pag. 457, Cod. civ. germ., § 542 [« Se al conduttore non viene in tempo debito concesso, o viene di nuovo tolto in tutto o in parte, l'uso conforme al contratto della cosa locata, il conduttore può disdire il rapporto di locazione senza l'osservanza di un termine di disdetta. La disdetta è ammissibile, solo quando il locatore ha lasciato decorrere un congruo termine assegnatogli dal conduttore, senza riparare. La determinazione di un termine non occorre quando l'adempimento del contratto non ha alcun interesse pel conduttore, in conseguenza della circostanza, che giustifica la disdetta. — A causa di un impedimento o ritenzione dell'uso non rilevanti, la disdetta è ammissibile solo quando essa venga giustificata da un particolare interesse del conduttore. — Se il locatore contesta l'ammissibilità della seguita disdetta, per avere egli in tempo debito concesso l'uso della cosa, o riparato, prima del decorso del termine, incombe a lui l'onere della prova »]

(10) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 542, capov. 2º [rif. alla nota precedente].

(11) Fr. 33, in fine; D. *h. t.*, 19, 2, *Africanus*, libro 8, *Quaestionum*: « Si « colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id « faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam « lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere « propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam « mercedem remittere aut reddere debebis ». Cfr. Trib. Imp., vol. XLI, pag. 147.

(12) Fr. 9 pr., D. *h. t.*, 19, 2; ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Si quis « domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo

I difetti della cosa locata non vengono invero trattati secondo il diritto edilizio (13). Ma se essi impediscono l'uso conforme al contratto, il conduttore ha il diritto di recesso, o della proporzionale diminuzione del fitto. Ha poi pretese di risarcimento, se stia a carico del locatore una colpa per false dichiarazioni, o per la omessa indicazione o rimozione dei difetti medesimi (14). Tutto ciò vale tanto pei difetti, che esistevano al tempo della conclusione del contratto, quanto per quelli che si svilupparono durante il corso della locazione (15).

« malo culpa que eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei, qui « conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. [plane si dominus non patitur « et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequis- « simum esse ait absolvi locatorem »]. Cfr. Cod. civ. germ., § 541 [« Se pel diritto di un terzo vien tolto al conduttore, in tutto o in parte, l'uso conforme al contratto della cosa locata, trovano analoga applicazione le disposizioni dei §§ 537, 538, 539, periodo 1° e 540 »].

(13) Fr. 63, D. *de aedilicio edicto*, 21, 1 [riportato al § 100, nota 5]. Cfr. però Cod. civ. germ., § 537 [« Se la cosa locata al tempo della consegna al conduttore è affetta da un vizio, che tolga o diminuisca l'idoneità di essa all'uso conforme al contratto, o se tale vizio sorga nel corso della locazione, il conduttore, pel tempo in cui tale idoneità viene a mancare, è liberato della corrisponsione del fitto; pel tempo durante il quale l'idoneità è diminuita è tenuto solo a corrispondere una parte del fitto, da commisurarsi secondo i §§ 472, 473. — Lo stesso vale quando una qualità assicurata manchi o venga meno più tardi. — Nella locazione di un fondo l'assicurazione di una determinata estensione è parificata all'assicurazione di una qualità »].

(14) Cfr. Cod. civ. germ., § 538 [« Se al momento della conclusione del contratto esiste un vizio della specie designata nel § 537, o un tale vizio sorga più tardi in conseguenza di una circostanza, di cui debba rispondere il locatore, od il locatore entri in mora nella rimozione del vizio, il conduttore può, invece di far valere i diritti stabiliti nel § 537, pretendere il risarcimento dei danni pel mancato adempimento. — Nel caso della mora del locatore, il conduttore stesso può rimuovere il difetto, o pretendere l'indennizzo delle spese necessarie »].

(15) Fr. 19, § 1; fr. 25, § 2, D. *h. t.*, 19, 2 [fr. 19, § 1, riportato al § 45, nota 6; fr. 25, § 2, cit.: « Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, « teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere con- « ductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque si cum eo agatur, repu- « tationis ratio habenda est. eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium cor- « ruptas locator non restituat »]. Il conduttore non può denunciare quei vizi che egli conosceva, o doveva vedere, alla conclusione del contratto, salvochè siagli stata promessa dal locatore la rimozione di essi; fr. 13, § 6, D. *de damno infecto*, 39, 2; Cod. civ. germ., § 539; vedi però anche § 544 [fr. cit.: « De illo « quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit. et Sabinus ait in- « quilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt et « habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt et possunt ex con- « ducto esperiri: quae sententia verior est »; § 539 cit.: « Se il conduttore alla conclusione del contratto conosce i vizi della cosa locata, non gli competono i diritti stabiliti nei §§ 537, 538. Se al conduttore, in conseguenza di grave negligenza, è rimasto sconosciuto un vizio della specie designata nel § 537, capov. 1°,

c) Le spese necessarie, che il conduttore eseguì nell'interesse del locatore, debbono da questi essere risarcite insieme con gl'interessi (16).

d) Il conduttore è autorizzato alla sublocazione (17), se il contratto non dispone diversamente.

I pesi e le imposte, che gravano sulla cosa locata, devono essere sopportati dal locatore (18).

---

o se egli accetti una cosa difettosa, malgrado che ne conosca il vizio, egli può far valere quei diritti solo sotto i presupposti, nei quali deve prestarsi garanzia al compratore di una cosa difettosa, ai sensi dei §§ 460, 464 »; § 544 cit. : « Se un'abitazione od un altro luogo destinato alla dimora di persone è di tal natura, che all'uso di esso sia congiunta grave minaccia per la salute, il conduttore può disdettare il rapporto di locazione senza osservanza di un termine di disdetta, anche se alla conclusione del contratto abbia conosciuto lo stato portante pericolo, od abbia rinunziato a far valere i diritti che gli competono a causa di tale condizione »].

(16) Fr. 19, § 4; fr. 61 pr., D. *locati*, 19, 2. [Fr. 19, § 4 cit. : « Si inquilinus « ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? et est « verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, « sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam « aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat »; fr. 61 cit.: « Colonus, « cum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilo minus « in fundo vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis « ager locari coeperat. quaesitum est, si dominus istum colonum fundi eiectum « pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis « instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione. respondit vel expensas « consecuturum vel nihil amplius praestaturum »]. Secondo il fr. 55, § 1, D. *eod.*, devono essere risarcite anche le spese utili; cfr. però PETRAŽYCKI, *Il Reddito*, vol. I, pag. 307. [« In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario « vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad « recipienda quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest »]. Non vengono risarcite le spese correnti, p. e. le spese di foraggio per un cavallo locato. Il Cod. civ. germ. al § 547 dispone: « Il locatore è obbligato a risarcire al conduttore le spese necessarie fatte sulla cosa. Il conduttore di un animale deve però sopportare le spese di foraggio. L'obbligo del locatore all'indennizzo di altre spese si determina secondo le prescrizioni sulla gestione di negozi senza mandato. Il conduttore è autorizzato a rimuovere un aggiunzione di cui abbia provvisto la cosa ». Secondo il 556, capov. 2°, al conduttore di un fondo rustico non compete un diritto di ritenzione a causa delle sue pretese contro il locatore.

(17) C. 6, Cod. *h. t.*, 4, 65: [« Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam « alii locare, si nihil aliud convenit »]. S' intende da sè, che il conduttore sia tenuto per la diligenza nella scelta del subconduttore. Secondo il Cod. civ. germ. § 559, il conduttore, senza il permesso del locatore, non è autorizzato alla sublocazione. Nondimeno il conduttore ha un diritto di disdetta anzi tempo, per l'infondato rifiuto del permesso.

(18) Fr. un. § 3, D. *de via publica*, 43, 10: [« Ἐπισκευάζειν δὲ τὰς ὁδοὺς τὰς « δημοσίας κατὰ τὴν ἑαυτοῦ οἰκίαν ἕκαστον καὶ τὰς ὑδρορρόας ἐκκαθαίρειν τὰς ἐκ τοῦ « ὑπαιθρίου καὶ ἐπισκευάζειν οὕτως, ὡς ἂν μὴ κωλύῃ ἅμαξαν ἐπιέναι. ὅσοι δὲ μισθωσά-

3. Il locatore ha diritto:

a) Al prezzo della locazione convenuto. Di regola esso deve pagarsi *postnumerando*, cioè alla fine della locazione, o dopo il termine convenuto od usuale (19). Il locatore sopporta il rischio; ciò significa che il fitto non continua a decorrere se la cosa perisca (20), o se il conduttore sia altrimenti impedito a continuare nella conduzione, in conseguenza di una causa estranea alla sua persona (21-22). Nel caso di una rilevante turbativa parziale della conduzione, può essere da lui pretesa una proporzionale riduzione (23).

« μενοι οἰκοῦσιν, ἐὰν μὴ ἐπισκευάσῃ ὁ δεσπότης, αὐτοὶ ἐπισκευάσαντες ὑπολογιζέσθωσαν « τὸ ἀνάλωμα κατὰ τὸν μισθόν »].

(19) Cfr. Cod. civ. germ., §§ 551, 584. [§ 551: « Il fitto deve corrispondersi alla fine del tempo della locazione. Se il fitto è commisurato a periodi di tempo, deve corrispondersi dopo il decorso dei singoli periodi. — Il fitto di un fondo, quando non sia stabilito a periodi più brevi, deve corrispondersi dopo il decorso di ogni trimestre, nel primo giorno non festivo del mese seguente ». § 584: « Se nella locazione di un fondo rustico il fitto è stabilito ad anni, deve corrispondersi dopo il decorso di ogni anno di affitto, al primo giorno non festivo dell'anno seguente »].

(20) Questo importante principio sembra che sia stato principalmente stabilito da Alfeno per la locazione delle abitazioni: fr. 30, § 1, D. *h. t.*, 19, 2. ALFENUS, libro 3 *digestorum a Paulo epitomatorum*: « Aedilis in municipio balneas con« duxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio « facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, « quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret ». Cfr. più sopra, § 110, n. 1 in fine.

(21) Anche il timore di pericoli può qui annoverarsi. Si affitta, p. es., una villa d'estate, e nelle vicinanze scoppia il colera. Nel caso che il conduttore receda dal contratto, non può allora pretendersi il fitto, se anche la villa sia rimasta immune dalla malattia: fr 27, § 1, D. *h. t.*, 19, 8. ALFENUS, libro 2 *Digestorum*: « Iterum « interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. « respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non « fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, « nihilo minus debere ».

(22) Il recesso dalla locazione non è escluso dal fatto, che l'impedimento dell'uso poteva sin da principio prevedersi come un possibile evento. Se, p. es., per la fabbricazione di mobili viene affittato un locale entro una cinta, sottoposta a particolari regolamenti dell'autorità doganale, e più tardi dall' autorità doganale vengon prese nuove disposizioni, che rendono impossibile, o rilevantemente limitano quella fabbricazione, il conduttore può recedere dal contratto: Trib. Imp., vol. IV, pag. 169.

(23) Fr. 27 pr., D. *h. t.*, 19, 2: [« Habitatores non, si paulo minus commode « aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: « ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, qua« mobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incom« modi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, « in quam magnam partem usus habitator haberet »].

A ciò corrisponde il diritto del fittavolo alla remissione del fitto, « *remissio mercedis* », nel caso che il reddito dei frutti venga, prima del ricolto, per infortuni straordinari distrutto o considerevolmente diminuito. Frattanto, in un affitto di più anni, il fittavolo non può rifiutare una compensazione con le annate particolarmente buone (24).

b) Il conduttore deve far buon uso della cosa (25), ed è responsabile per qualsiasi colpa, sia che questa abbia avuto per conseguenza il

---

(24) Fr. 15, §§ 2-4; fr. 25, § 6, D. *h. t.*, 19, 2; c. 8, Cod. *h. t.*, 4, 65. [Fr. 15 cit.: « Si vis tempestatis calamitosae contingerit, an locator conductori aliquid « praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, domi- « num colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et « si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex « ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis « aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum « tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes « agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fer- « vore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra « consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus « praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita cor- « ruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari « conductori, ut frui possit. Cum quidam incendium fundi allegaret et remissio- « nem desideraret, ita ei rescriptum est: ' Si praedium coluisti, propter casum « incendii repentini non immerito subveniendum tibi est '. Papinianus libro « quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob ste- « rilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remis- « sionem sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc « idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob « sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed « transactio. quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? « verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum « ad computationem vocari ». fr. 25, § 6 cit.: « Vis maior, quam Graeci Θεοῦ βίαν « appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi « fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, « cui immodicum lucrum non auffertur. apparet autem de eo nos colono dicere, « qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi socie- « tatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur ». c. 8 cit. riportata più sopra alla nota 4]. W. SELL, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XX, n. 8; JACOBI, *La remissione del fitto* [Remission des Pachtzinses], 1856; VANGEROW, vol. III, § 641, nota 1. Il Cod. civ. germ. non conosce un diritto del fittavolo alla remissione del fitto.

(25) Qui possono annoverarsi le spese per la conservazione della cosa. Cfr. più sopra, nota 16; PETRAŽYCKI, *Il reddito*, vol. I, pag. 165; Cod. civ. germ., § 582, pel fitto di fondi rustici: [« Il fittuario di un fondo rustico deve eseguire a sue spese le ordinarie riparazioni, ed in particolare dei locali di abitazione e rurali, delle vie, dei fossi e delle chiusure »]. Sull'obbligo dell'avviso che incombe al conduttore, cfr. Cod. civ. germ., § 545: [« Se nel corso della locazione si appalesa un vizio nella cosa locata, o diviene necessaria una precauzione per la protezione della cosa contro un pericolo non previsto, il conduttore deve senza

perimento ovvero il deterioramento della cosa stessa (26). Deve fare a meno delle rilevanti modificazioni.

---

indugio darne avviso al locatore. Lo stesso vale quando un terzo si arroghi un diritto sulla cosa. — Se il conduttore tralascia l'avviso, egli è obbligato al risarcimento del danno che ne deriva; e se il locatore, in conseguenza dell'omissione dell'avviso, non sia in grado di riparare, egli non è autorizzato a far valere i diritti stabiliti nel § 537, o a disdettare, secondo il § 542, capov. 1°, periodo 3°, senza la designazione di un termine, o a pretendere il risarcimento dei danni pel mancato adempimento »]. Incombe poi specialmente al fittuario anche l'obbligo di supplire alle diminuzioni: cfr. vol. I, § 247, nota 7, fr. 45, § 13, D. *de iure fisci,* 49, 14; PETRAŽYCKI, *loc. cit.*, pag. 117; Cod. civ. germ., § 586, capov. 2°. [Fr. 45, § 13 cit.: « Conductor ex fundo fiscali nihil transferre potest « nec cupressi materiam vendere vel olivae non substitutis aliis ceterasque arbores « pomiferas caedere: et facta eius rei aestimatione in quadruplum convenitur ». § 586, capov. cit.: « Il locatore è obbligato a completare i capi dell'inventario, i quali son diminuiti in conseguenza di una circostanza di cui non deve rispondere il fittuario. Questi deve intanto surrogare coi parti la diminuzione ordinaria degli animali elencati nell'inventario, in quanto ciò corrisponde ad una ordinata amministrazione »].

(26) Il conduttore è solo allora responsabile per la colpa della sua gente e dei suoi ospiti, quando a carico di lui medesimo ricada una colpa, p. es., pel ricevimento di essi: fr. 11 pr., D. *h. t*: [« Videamus, an et servorum culpam et « quoscumque induxerit praestare conductor debeat? et quatenus praestat, utrum « ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? et adversus eos quos indu- « xerit utrum praestabit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur? « mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi « nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel « suos vel hospites: et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat »]. Cfr. inoltre fr. 11, § 1 sgg; fr. 12, fr. 25, §§ 3 e 4, D. *h. t.* [fr. 11, § 1 cit.: « Si hoc in locatione convenit ' ignem ne habeto ' et habuit, tenebitur etiam si « fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim « ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem. — 2) Item « prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri « patiatur ». § 3 rip. al § 61 n. 4. « 4) Inter conductorem et locatorem convenerat, ne « in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato suc- « cendit. ait Labeo teneri conductorem ex locato quia ipse causam praebuit infe- « rendo contra conductionem ». fr. 12 cit.: « Sed et si quilibet extraneus ignem « iniecerit, damni locati iudicio habebitur ratio ». fr. 25, §§ citt: « Conductor « omnia secundum legem conductionis facere debet. et ante omnia colonus curare « debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura « deteriorem fundum faceret. praeterea villarum curam agere debet, ut eas incor- « ruptas habeat. Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias « eius vicinus arbores exciderit »]. Secondo il Cod. civ. germ. si applica il § 278: [« Il debitore deve rispondere della colpa del suo rappresentante legale e delle persone di cui si serve per l'adempimento delle sue obbligazioni, nella stessa estensione che per la propria colpa »]. Il contravvenire a bella posta contro espressi divieti del contratto di locazione obbliga anche pei danni fortuiti da ciò derivati: fr. 11, § 1, D. *h. t.* Sugli obblighi del fittuario di uno stabilimento commerciale, cfr. KOHLER, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXI, n. 9.

c) Alla fine della locazione egli è tenuto alla restituzione della cosa (27), e di tutte le pertinenze di essa, nello stato in cui si trovano (28-29).

---

(27) Non è raro che i conduttori, ed in particolare anche i fittavoli di fondi rustici, indugino, malgrado della fine della locazione, nella consegna della cosa locata, e cerchino di tenere a bada il locatore che agisce, mediante cavilli ed infondate eccezioni. La c. 25, C. *h. t.*, 4, 65 si oppone a ciò, con l'esclusione della eccezione, che il conduttore stesso sia il proprietario della cosa locata. [« Si quis « conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem « debet prius restituere et tunc de proprietate litigare »]. Egli deve far valere le sue eccezioni in un giudizio a parte. G. Thon, nella *Rivista* del Linde, vol. I, n. 24, ritiene ciò particolarmente allora inapplicabile, quando il convenuto affermi di esser stato proprietario già al tempo della locazione, perchè allora in verità non si sarebbe concluso alcun contratto di locazione. Ciò non è esatto, poichè la costituzione esclude sempre l'eccezione della proprietà, quando alcuno « agrum « conductionis titulo accepit », e cioè senza riguardo al fatto, se siasi conchiuso un valido contratto di locazione. Windscheid, vol. II, § 400, nota 18.

(28) Sulla restituzione di un fondo secondo il Cod. civ. germ., cfr. §§ 591-594. [§ 591 : « Il fittuario di un fondo rustico è obbligato a restituire alla fine della locazione il fondo, nello stato che risulta da una ordinata amministrazione, continuata per tutto il tempo dell'affitto sino alla restituzione. Ciò vale anche riguardo alla coltivazione ». § 592 : « Se la locazione di un fondo rustico ha termine nel corso di un anno dell'affitto, il locatore deve risarcire le spese, che il conduttore ha fatte sui frutti non ancora separati, ma da separarsi prima della fine dell'anno di fitto, secondo le regole di una ordinata amministrazione, solo in quanto esse corrispondono ad una ordinata amministrazione, e non sorpassino il valore di tali frutti ». § 593 : « Il fittuario di una tenuta deve lasciare tanta parte dei prodotti agricoli esistenti alla fine della locazione, e senza riguardo al fatto, se egli all'entrare nella locazione abbia avuto in possesso tali prodotti, quanta è richiesta per la continuazione dell'amministrazione, sino al tempo in cui prevedibilmente vengono raccolti uguali o simili prodotti – In quanto il fittuario è obbligato a lasciare dei prodotti agricoli in maggior quantità o miglior qualità, di ciò che avesse avuto in possesso all'entrare nella locazione, egli può pretendere dal locatore l'indennizzo del valore. — Il concime esistente raccolto sulla tenuta dev'essere lasciato dal fittuario, senza ch'egli possa pretendere un risarcimento del valore ». § 594: « Se il fittuario di una tenuta la riceve in base ad una stima dello stato di amministrazione, col patto, che alla fine della locazione la restituzione debba ugualmente seguire in base ad una tale stima, trovano corrispondente applicazione alla restituzione della tenuta le norme del § 589, capov. 2. 3. — Lo stesso vale, quando il fittuario riceve delle scorte in base ad una stima, col medesimo patto, circa la restituzione delle scorte, che egli è obbligato a lasciare »]. Sull'accollo dell'inventario al valore di stima cfr. §§ 587-589 [§ 587 : « Se il fittuario di un fondo si assume l'inventario al valore di stima, con l'obbligo che alla fine della locazione debba essere restituito al valore di stima, valgono le prescrizioni dei §§ 588, 589 ». § 588 : « Il fittuario sopporta il rischio del fortuito perimento e del fortuito deterioramento delle cose inventariate. Egli può disporre dei singoli capi, entro i limiti di un'ordinata amministrazione. — Il fittuario deve mantenere le cose inventariate secondo le regole di un'ordinata amministrazione, nello stato in cui gli vengono trasmesse. I capi da lui acquistati diven-

4. Il diritto del conduttore non è reale, ma personale. Egli ha la semplice detenzione per il locatore, non il possesso giuridico (30-31).

In conseguenza di ciò in Roma il locatore poteva, a piacimento, metter fuori della cosa locata il conduttore; egli era obbligato verso di lui al risarcimento, solo quando ciò avvenisse anzi tempo contrariamente al contratto. Ed oltracciò il nuovo acquirente, e particolarmente il compratore della cosa locata, non era vincolato ai contratti di locazione del suo predecessore (32-33). Ciò si suole esprimere ordi-

---

gono, per l'incorporazione nell'inventario, proprietà del locatore ». § 589: « Il fittuario deve alla fine della locazione restituire al locatore il dotale esistente. — Il locatore può rifiutare di ricevere quei capi dell'inventario acquistati dal fittuario, che secondo la regola di un'ordinata amministrazione sono superflui pel fondo o troppo pregiati; insieme col rifiuto la proprietà dei capi rifiutati passa al fittuario. Se il valore complessivo di stima dei capi ricevuti in consegna è maggiore o minore dei capi da restituirsi, nel primo caso il fittuario al locatore, nel secondo il locatore al fittuario, devono indennizzare l'eccedenza in più »].

(29) Sui diritti di pegno legali del locatore, cfr. vol. I, § 268.

(30) Fr. 10, D. *de adquirenda vel amittenda possessione*, 41, 2; cfr. vol. I, § 174, nota 4, e quanto al Cod. civ. germ. cfr. ivi, nota 6. [« Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione: quod si « ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. potius enim hoc procedere « videtur, quod novissime factum est: et hoc Pomponius ait. Idem Pomponius « bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario « autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe « diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique « rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in pos- « sessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit. Si quis et « conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxit, « nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, « quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius fac- « tum est »].

(31) Cfr. su quanto segue DERNBURG (seniore), *Monografie* [Abhandlungen], n. 1, e ZIEBART, *L'esecuzione reale e l'obbligazione con riguardo alla locazione* [Die Realexecution und die Obligation mit Rücksicht auf die Miethe], 1866, inoltre DEGENKOLB, *Superficie e locazione* [Platzrecht und Miethe], 1867; GELLER, nella *Rivista* di GRÜNHUT, vol. V, pag. 313, L. JACOBI, *Locazione* [Miethe und Pacht], 1889, pag. 21. Per la storia della locazione nel diritto tedesco del medio evo, vedi BRÜNNECK, nella *Rivista della Fondazione di* SAVIGNY, Parte germanistica, pag. 138.

(32) Fr. 12, fr. 18 pr., D. *de vi* 43, 16; fr. 20, D. *de adquir. vel amitt. possessione*, 41, 2. [fr. 12 cit.: « Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, « cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio « deiectus est: quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. dixi nihil inte- « resse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui ius- « sisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur interdictum unde vi « colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem « deiecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte

nariamente con la regola: « vendita rompe locazione ». Ma naturalmente il locatore rimaneva contrattualmente obbligato verso del conduttore al risarcimento, se a questi non veniva mantenuto il contratto in conseguenza dell'alienazione.

Il diritto comune è meno aspro. Esso cioè non tollera, che il locatore possa, prima della fine della locazione, e violando il contratto, rimuovere il conduttore dalla cosa locatagli, anche nel caso ch'egli voglia indennizzarlo (34). La regola fondamentale: « vendita

---

« propter iustam et probabilem causam id fecisset ». fr. 18 cit.: « Cum fundum « qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem « colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit: de interdictis « unde vi quaesitum est. placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil « interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque « enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia « nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor « adeptus non fuisset. emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse « possessum, cui possessio esset ablata. quaesitum est, an emptori succurri debeat, « si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. dixi non esse iuvandum, « qui mandatum illicitum susceperit ». fr. 20 cit.: « Si quis rem, quam utendam « dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille traderet, alias videbitur « possessione dominum intervertisse, alias contra. nam nec tunc quidem semper « dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: « quid enim si alia quaepiam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non « utique ut possessionem eius interverteret? »]. ZIEBARTH, *loc. cit.*, pag. 126 sgg.

(33) Alla continuazione della locazione dopo la vendita non era tenuto nè il compratore di fronte al conduttore (fr. 25, § 1, D. *h. t.*, 19, 2, vedi i testi sopra citati alla nota 32) nè il conduttore di fronte al compratore: fr. 32, D. *h. t.* 19, 2; c. 9 Cod. *h. t.*, 4, 65. [fr. 25, § 1 cit.: « Qui fundum fruendum vel habitationem « alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut « apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare « liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto ». fr. 32 cit.: « Qui « fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. « Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis « interesset. quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, « prohiberetur, cum herede actionem colonum habere: et hoc detrimentum ad « heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, « alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus ». c. 9 cit.: « Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, « nisi ea lege emit. verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem « conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit « parere cogitur »].

(34) La pratica non ha alcuna difficoltà di « concedere l'eccezione del contratto » al conduttore contro del quale il locatore faccia valere i suoi mezzi giuridici possessorii. Cfr. MÜHLENBRUCH, *Cessione*, pag. 279, nota 75. Secondo la pratica del Trib. Imp. inoltre, il locatore, il quale facendosi ragione da sè costringa il conduttore a lasciare l'abitazione, incorre nelle pene per la violenza: cfr. vol. I, § 125, nota 3; il conduttore ha poi l'azione di spoglio, se

rompe locazione » venne invero accolta, ma mitigata. Pel diritto comune il conduttore può pretendere, che sia osservato il termine di disdetta dell'uso locale, e che gli sia eventualmente accordato un congruo spazio di tempo per lo sgombero (35).

Il Codice civile germanico ha posto in vigore pei fondi rustici il principio: « vendita non rompe locazione » (36).

---

vien fatto sloggiare dalla cosa locata: vol. I, § 189, nota 7. Anche di fronte ai mezzi giuridici petitori del locatore, il conduttore si difende con buon risultato, invocando il contratto di locazione. Cfr. anche FISCHER, *Deve la vendita rompere la locazione?* [Soll Kauf Pacht und Miethe brechen?], 1888.

(35) Al riguardo si possono invocare le parole del fr. 12, D., *de vi* 43, 16: « nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset ». Inoltre, secondo la pratica, profitta al conduttore il patto tra il venditore ed il compratore, con cui l'ultimo siasi obbligato a rispettare la locazione. Cfr. c 9, C. *h. t.* 4, 65; SEUFFERT, *Archivio*, vol. XXXII, n. 318, vol. L, n. 243. Che il conduttore debba continuare nella locazione, se il compratore sia disposto alla continuazione, non vien posto in dubbio nella pratica.

(36) Cod. civ. germ., §§ 571-581. Riguardo alle cose mobili, cfr. § 986, capoverso 2°. [§ 571: « Se il fondo locato, dopo la consegna al conduttore, viene dal locatore alienato ad un terzo, l'acquirente entra al posto del locatore nei diritti e negli obblighi, derivanti dal rapporto di locazione, per la durata della sua proprietà. — Se l'acquirente non adempie agli obblighi, il locatore è tenuto pel danno, che dev'essere risarcito dall'acquirente come un fideiussore che abbia rinunziato all'eccezione dell'escussione. Se il conduttore riceve notizia del trapasso di proprietà, per comunicazione del locatore, questi è liberato dalla responsabilità, se il conduttore non disdetta il rapporto di locazione, pel primo termine, pel quale è ammissibile la disdetta ». § 572: « Se il conduttore ha prestato al locatore garanzia per l'adempimento dei suoi obblighi, l'acquirente subentra nei diritti per essa costituiti. Alla restituzione della garanzia questi è tenuto solo se gli viene trasmessa, o se egli assuma di fronte al locatore l'obbligo alla restituzione ». § 573: « Una disposizione che il locatore ha preso prima del trapasso della proprietà sul fitto che riguarda il tempo del diritto dell'acquirente, è inefficace in quanto si riferisce al fitto per il trimestre corrente al tempo del trapasso di proprietà e per il seguente. Una disposizione sul fitto per un tempo posteriore deve l'acquirente far valere contro di sè, se egli la conosca al tempo del trapasso di proprietà ». § 574: « Un negozio giuridico concluso tra il conduttore ed il locatore rispetto al credito del fitto, ed in particolare il pagamento del fitto, è inefficace, in quanto non si riferisce ad un tempo posteriore al trimestre nel quale il conduttore riceve notizia del trapasso di proprietà, ed al trimestre seguente. Un negozio giuridico concluso dopo il trapasso di proprietà è però inefficace, se il conduttore, alla conclusione del negozio, ha notizia del trapasso di proprietà ». § 575: « Quando, secondo il § 574, il pagamento del fitto al locatore è efficace di fronte all'acquirente, il conduttore, contro il credito di fitto dell'acquirente, potrà opporre in compensazione un credito che gli competa contro il locatore. La compensazione è esclusa, se il conduttore abbia acquistato il controcredito dopo aver ricevuto notizia del trapasso di proprietà, o se il controcredito sia scaduto soltanto dopo l'avuta notizia e più tardi del fitto ». § 576: « Se il locatore denunzia al conduttore di avere trasmesso la proprietà del fondo locato ad un terzo, egli deve, rispetto al credito del fitto, lasciar valere anche contro di sè, di

5. Riguardo alla fine della locazione deve distinguersi la locazione con o senza determinazione di tempo.

Alla locazione senza determinazione di tempo può in ogni tempo porsi immediatamente fine da ognuna delle parti mediante disdetta. Nondimeno in Germania, per le locazioni di abitazioni, esistono quasi dappertutto dei termini locali di disdetta, che devono essere osservati (37).

Le locazioni con determinazioni di tempo finiscono col decorso di esso, ed inoltre anzitempo:

a) pel perimento della cosa locata (38);

b) in seguito al recesso del conduttore, se non gli vien dato l'uso conforme al contratto (39);

---

fronte al conduttore, il denunziato passaggio, quando anche questo non sia avvenuto o sia inefficace. — La denunzia può essere ritirata solo con l'assenso di colui che viene designato come il nuovo proprietario ». § 577: « Se il fondo locato, dopo la consegna al conduttore, vien gravato dal locatore con la costituzione di un diritto di un terzo, trovano corrispondente applicazione le norme dei §§ 571 a 576, se, per l'esercizio del diritto, vien tolto al conduttore l'uso conforme al contratto. Se l'esercizio del diritto ha solo in conseguenza una limitazione del conduttore nell'uso conforme al contratto, il terzo è obbligato di fronte al conduttore, a sospender l'esercizio in quanto verrebbe a pregiudicare l'uso conforme al contratto ». § 578: « Se prima della consegna del fondo locato al conduttore il locatore ha alienato il fondo ad un terzo, o lo ha gravato di un diritto, pel cui esercizio venga tolto o limitato al conduttore l'uso conforme al contratto, vale lo stesso che nei casi del § 571, capov. 1° e del § 577, se l'acquirente ha assunto di fronte al locatore l'adempimento degli obblighi che derivano dal rapporto di locazione ». § 579: « Se il fondo locato viene dall'acquirente di nuovo alienato o gravato, trovano corrispondente applicazione le prescrizioni del § 571, capov. 1° e dei §§ 572 a 578. Se il nuovo acquirente non adempie agli obblighi derivanti dal rapporto di locazione, il locatore è tenuto di fronte al conduttore, secondo il § 571, capov. 2° ». § 580: « Le norme sulla locazione di fondi valgono anche per la locazione di locali di abitazione e di altri locali »].

(37) Sui termini di disdetta del Cod. civ. germ., vedi § 565; e riguardo agli affitti di fondi rustici § 595.

(38) Cfr. però anche Cod. civ. germ., § 567. [« Se vien conchiuso un contratto di locazione per un tempo maggiore di trent'anni, ognuna delle parti può dopo trent'anni disdettare il rapporto di locazione sotto l'osservanza del termine legale. La disdetta è inammessibile se il contratto sia concluso per la durata della vita del locatore o del conduttore »].

(39) Cfr. sopra nota 22. Secondo il Cod. civ. germ. il grave pericolo nella salute, esistente in luogo destinato alla dimora di persone dà senz'altro un diritto di disdetta. — Sul trasloco d'impiegati cfr. Cod. civ. germ., § 570. [« I militari, gl' impiegati, gli ecclesiastici ed i maestri in pubblici istituti d' istruzione, nel caso del loro trasloco, possono disdettare il rapporto di locazione delle abitazioni prese in fitto per sè o per la loro famiglia nel precedente luogo di guarnigione o di residenza »].

c) per lo sfratto del conduttore da parte del locatore, a causa di un biennio arretrato di fitto (40), o pel considerevole deterioramento della cosa locata (41), per riparazioni necessarie (42) o per un impreveduto proprio bisogno della cosa (43-44);

---

(40) Fr. 54, § 1, fr. 56, D. *h. t.*, 19, 2. [fr. 54, § 1 cit.: « Inter locatorem « fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de « fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius « locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis « discedere vellet, aeque decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de « se stipulati sunt. quaero, cum Seius conductor bienni continui pensionem non « solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil « expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile « esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pen- « sionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui « pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem ». fr. 56 cit.: « Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius « temporis pensiones exsolventibus conductoribus aperire et ea quae ibi sunt « describere, a publicis personis quorum interest audiendi sunt. tempus autem in « eiusmodi re biennii debet observari »]. Secondo il Cod. civ. germ., § 554, basta la mora in due scadenze. Mediante il pagamento, fatto prima dell'avviso della estinzione della locazione, si mantiene il diritto del conduttore. Vedi vol. I, § 260, nota 24.

(41) Fr. 54, § 1, D. *h. t.*, 19, 2, c. 3, Cod. *h. t.*, 4, 65. Cod. civ. germ. § 553. [c. cit.: « Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino « insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse « necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re « locata versatus es ». § 553 cit.: « Il locatore, senza l'osservanza di un termine di disdetta, può disdettare il rapporto di locazione, se il conduttore o colui al quale questi ha concesso l'uso della cosa locata, malgrado dell' avvertimento del locatore continua un uso della cosa contrario al contratto, che lede in rilevante misura i diritti del locatore, ed in particolare lascia il terzo nell'uso concessogli senza autorizzazione, ovvero mette in grave pericolo la cosa per trascuranza nella diligenza che incombe al conduttore »].

(42) C. 3, C. *h. t.*, 4, 65; fr. 30 pr., fr. 35 pr., D. *h. t.*, 19, 2; Cfr. Cod. civ. germ., § 323 [fr. 30 pr. cit.: « Qui insulam triginta conduxerat, singula « caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, « quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis « aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, si « vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus « praediorum locasset quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, « rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, « sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habi- « tatores ne migrarent, tanti condemnari oportere ». fr. 35 pr.: « Et haec distinctio « convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si « aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, ef- « fecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est: quid enim « interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere an locator « fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? intellegendum est « autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit

d) il fallimento del conduttore, dopochè la cosa locata passò nella sua detenzione, dà al locatore ed al curatore del fallimento un diritto di disdetta, sotto l'osservanza dei termini di disdetta convenuti o legali (45).

La continuazione di fatto della locazione, dopo la fine di essa, si considera come una rinnovazione della locazione, e propriamente, se trattisi di affitto di fondi rustici, per un anno, altrimenti sino a disdetta (46), sotto l'osservanza dei termini usuali, secondo la consuetudine tedesca.

« et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem « locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat »].

(43) C. 3, Cod. *h. t.*, 4, 65. Del resto qui si parla solo della locazione di abitazioni. R. Samter, *Diritto d' uso del locatore a proprio uso* [Benutzungsrecht des Vermiethers bei eigenem Gebrauch], Diss. Inaug. Univ. di Jena. Il Cod. civ. germ. non conosce questo caso del diritto di disdetta.

(44) In Roma il contratto di locazione continuava immutato dopo la morte del conduttore : § 6, I. *de locat.*, 3, 24 ; c. 10, Cod. *eod.* [§ 6 cit. : « Mortuo con« ductore intra tempora conductionis heres eius eodem iure in conductionem « succedit ». c. 10 cit : « Viam veritatis ignoras in conductionibus non succe« dere heredes conductoris existimans, cum, sive perpetua conductio est, etiam « ad heredes transmittatur, sive temporalis, intra tempora locationis heredi quoque « onus contractus incumbat »]. Diversamente il Cod. civ. germ., § 569, § 596, capov. 2° [§ 569 : « Se il conduttore muore, sì l' erede che il locatore è autorizzato a disdettare il rapporto di locazione, sotto l'osservanza del termine legale ». § 596 cap. cit.: « Il locatore di fondi rustici non è autorizzato a disdettare il rapporto di locazione secondo il § 569 »].

(45) Legge sul fallimento, § 19.

(46) Fr. 13, § 11, fr. 14, D. *h. t.*, 19, 2. [fr. 13, § 11 cit. : « Qui impleto « tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse vide« bitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. sed hoc ita verum est, si « non alius pro eo in priore conductione res obligaverat : huius enim novus « consensus erit necessarius. eadem causa erit et si rei publicae praedia locata « fuerint. quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum recondu« xisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur « eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum « forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno « post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem « in illo anno permansisse : hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. « et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. in urbanis autem praediis « alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis « certum tempus conductioni comprehensum est ». fr. 14 cit : « Qui ad certum « tempus conducit, finito quoque tempore colonus est : intellegitur enim dominus, « cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus « neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convale« scunt : et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse « Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum »]. Röder, *Monografie* [Abhandlungen], n. 1; Vangerow, vol. III, § 644. Alla sentenza di Ulpiano, nel fr. 13, § 11 cit., libro 32, *ad edictum* : « in urbanis autem praediis... iure utimur,

§ 112. — *b*) **La locazione di servigi** (1).

La prestazione dei nostri servigi a tempo, contro danaro, è locazione di servigi — *locatio conductio operarum.* — Essa deve trattarsi analogamente alla locazione di cose, in quanto non si opponga la sua speciale natura.

La locazione dei servigi riguarda solo quei lavori, che devono esser compiuti secondo le istruzioni e gli ordini di chi dà il lavoro (2). Ma non si richiede punto che si tratti di semplici lavori manuali, cioè dei cosiddetti servigi illiberali. In Roma, dove il lavoro degli schiavi era preponderante, la locazione di servigi aveva solo un valore subordinato (3-4). Ma oggi, abolita la schiavitù, ed altri rapporti di sogge-

« ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur », segue, evidentemente di mano dei compilatori, la tanto controversa aggiunta: « nisi in scriptis certum tempus « conductioni comprehensum est ». Molti, e particolarmente il Vangerow, *loc. cit.* ed il Windscheid, vol. II, § 402, nota 13, ne ricavano la regola, che il tempo stabilito in un contratto scritto per la prima locazione, valga anche per la locazione tacitamente continuata. Se quindi il conduttore, che ha conchiuso un contratto per cinque anni, rimanga ancora per un certo tempo nell'abitazione senza opposizione del locatore, dopo il decorso di essi, la locazione sarebbe rinnovata per altri interi cinque anni! Singolare regola! Non si può desumere dalla presunta intenzione delle parti, e non v' è alcuna ragione in questo campo che giustifichi arbitrarie disposizioni di legge. Nella proposizione finale del passo, affatto concepita in modo negativo, nulla si contiene di simile. Noi vediamo in essa una riserva poco felicemente formulata, ma del resto evidente Se nel contratto originario, tale è il concetto, *in scriptis*, in contrapposto alla posteriore rinnovazione tacita, vien previsto un tempo per la eventuale continuazione della locazione, esso è decisivo, e non già il tempo della effettiva dimora. Cfr. Röder, *loc. cit.*, pag. 40, e gli scrittori citati nel Vangerow, *loc. cit.*, inoltre Pernice, *Parerga*, VIII, nella *Rivista della Fondazione di* Savigny, vol. XIX, pag. 92, nota 3. Behn, nell'*Arch. per la prat. civ.*, viene, attraverso un' altra interpretazione, al nostro medesimo risultato: vol. LXVIII, n. 4. Secondo il Cod. civ. germ., § 568 nella continuazione dell'uso dopo decorso il tempo della locazione, il rapporto di locazione si considera come prolungato per tempo indeterminato.

(1) Dankwardt, negli *Annali di* Ihering, vol. XIV, n. 5; Pernice, nella *Rivista della Fondazione di* Savigny, Parte romanistica, vol. IX, pag. 242; Jean Adnet, *Le louage de services*, thèse, Par. 1892.

(2) Brinz, vol. II, pag. 762.

(3) Paulus, *Sententiae*, II, 18, § 1: « Homo liber, qui statum suum in pote- « state habet et peiorem eum et meliorem facere potest: atque ideo operas suas « diurnas nocturnasque locat »; cfr. fr. 91, D. *de furtis*, 47, 2. [« Fullo actione « locati de domino liberatus est: negat eum furti recte acturum Labeo. item si « furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et, antequam de furto iudica- « retur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet. quod si nihil « eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportere. haec idcirco, quoniam

zione fondati sulla nascita, essa è della massima importanza sociale. Specie particolari sono: le locazioni di servigi domestici, il contratto di lavoro con soci, con gli operai delle fabbriche, con l'equipaggio di una nave, l'impiego di commessi di negozio (5).

La locazione di servigi viene conchiusa quando a tempo determinato (6), e quando a tempo indeterminato. Nell'ultimo caso, in Roma, ogni parte aveva, in ogni tempo, il diritto di recedere dal contratto. Ma secondo il diritto moderno vi sono i termini di disdetta. La loro durata è determinata dalle leggi territoriali o dall'uso, in mancanza di ciò dall'equo criterio del giudice (7).

« furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest. Nemo opem aut consi-« lium alii praestare potest, qui ipse furti faciendi consilium capere non potest »].

(4) Niuna specie di locazione i Romani ammettevano riguardo agli agrimensori. Questi non ricevevano una mercede, ma bensì un onorario, ed erano anche responsabili solo pel dolo: fr. 1 pr., D. *si mensor falsum modum dixerit,* 11, 6 [« Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit. a quo falli « nos non oportet: nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si « forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor, cuius modi « ager veneat. ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres « inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii « loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium « appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere « intentionem. Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis « abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, « qui civiliter obligatus non est. proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet « qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa « plane dolo comparabitur. sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum « praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos inter-« venire. Is autem tenetur hac actione qui renuntiavit: sed renuntiasse et eum « accipere debemus, qui per alium renuntiavit »]. Sono questi dei principii, che riposano sull' antico modo di vedere del popolo romano, e che non hanno alcun valore pel diritto moderno. Cfr. Cod. civ. germ., § 611, capov. 2º [« Oggetto del contratto di servigi possono essere servigi di ogni specie »].

(5) Cfr. su questi diversi contratti Dankwardt, *loc. cit.*, ed il mio *Diritto privato prussiano*, vol. II, §§ 192 sgg. Persino al rapporto di pubblico servizio devono applicarsi le norme del contratto di servigi, in quanto non stiano in contraddizione con gli scopi pubblici del servizio dello Stato: Trib. Imp., vol. XVIII, pag. 173.

(6) Cfr. su di ciò Cod. civ. germ., § 624: « Se il rapporto di servigi fu contratto per la durata della vita di una persona, o per un tempo maggiore di cinque anni, può essere disdettato dall'obbligato dopo il decorso di cinque anni ».

(7) Quanto al Cod. civ. germ. cfr. §§ 621-623. [§ 621: « Se il compenso è stabilito a giorni, la disdetta è ammissibile in ogni giorno pel giorno seguente. -- Se il compenso è stabilito a settimane la disdetta è ammissibile solo per la fine di ogni settimana del calendario; essa deve seguire al più tardi nel primo giorno non festivo della settimana. – Se il compenso è stabilito a mesi, la disdetta è ammissibile solo per la fine di ogni mese di calendario; essa deve seguire al più tardi nel giorno quindici del mese. — Se il compenso è stabilito a trimestri,

a) Il lavoratore deve personalmente prestare i suoi servigi; essi sono infatti locati. Perciò il padrone del lavoro non può essere costretto ad accettare una rappresentanza (8).

b) Per i servigi si deve pagare la mercede, nel dubbio *postnumerando* (9). Essa può essere commisurata secondo il tempo del lavoro, per es., la mercede giornaliera, o secondo la misura del lavoro: lavoro a cottimo. Anche allora deve pagarsi la mercede, quando il conduttore arbitrariamente respinga i servigi, ovvero, per motivi inerenti alla sua persona, non possa usarne od accettarli. Persino la morte del conduttore non è in sè un motivo della fine di un contratto di servigi, conchiuso a tempo determinato; ma soltanto quando trattavasi di prestazioni verso del padrone strettamente personali (10).

Se per la mancata accettazione dei suoi servigi rimane al locatore uno spazio di tempo libero, può essere imputato al suo credito della mercede ciò ch'egli ha frattanto guadagnato, presupposto che ciò non debba avvenire in modo faticoso o gravoso. Quel guadagno, ch'era in suo potere di fare, dev'essere a ciò parificato (11-12).

---

o per periodi di tempo più lunghi, la disdetta è ammissibile solo per la fine di ogni trimestre, e sotto l'osservanza di un termine di disdetta di sei settimane ». § 622: « Il rapporto di servigi delle persone impiegate a stipendio fisso, per la prestazione di servigi d'ordine superiore, la cui operosità viene del tutto o principalmente impegnata dal rapporto di servigi, ed in particolare dei maestri, educatori, impiegati privati, dame di compagnia, può essere disdettato solo per la fine di ogni trimestre di calendario, e sotto l'osservanza di un termine di disdetta di sei settimane, anche se il compenso sia stabilito a periodi di tempo più brevi di un trimestre ». § 623: Se il compenso non è stabilito a periodi di tempo, il rapporto di servigi può essere disdetto in ogni tempo; nondimeno in un rapporto, che impegna tutta o in principal modo l'operosità dell'obbligato, deve osservarsi un termine di due settimane ».

(8) Concordemente il Cod. civ. germ., § 613 [« L'obbligato alla prestazione di servigi deve nel dubbio prestarli in persona. La pretesa ai servigi è nel dubbio intrasmessibile »].

(9) Così pure il Cod. civ. germ., § 614 [« Il compenso deve corrispondersi dopo la prestazione dei servigi. Se è stabilito a periodi di tempo deve corrispondersi dopo il decorso dei singoli periodi »].

(10) Fr. 9, § 19, D. *h. t.*, riportato alla nota 11; fr. 19 cit., § 10; fr. 4, D. *de off. adsess.*, 1, 22 [fr. 19, § 10 cit.: « Papinianus quoque libro quarto res- « ponsorum, scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui tem- « poris praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fue- « runt » fr. 4 cit. analogo al fr. 19 cit. sino a « fuerunt ». Continua: « diversum « in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit »]. Cfr. Cod. civ. germ., § 620, cap. 2° [« Se la durata del rapporto non è determinata nè può ricavarsi dalla natura o dallo scopo dei servigi, ognuna delle parti può disdettare il rapporto di servigi secondo le norme dei §§ 621 a 623 »].

(11) Fr. 19, § 9, D. *h. t.*, 19, 2; ULPIANUS, libro 32, *ad edictum*: « Cum « quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, deces-

Il padrone ha il diritto di recedere dal contratto, sull'analogia della locazione di cose, se egli, per motivi estranei alla sua persona, non possa accettare i servigi (13). Tale diritto in particolare gli spetta, quando la sua fiducia nella volontà e nella capacità del suo impiegato è scossa per motivi, che devono essere riconosciuti (14). L'apertura del fallimento sul patrimonio del padrone dà ad ambo le parti un diritto di disdetta, con l'osservanza dei termini convenuti od usuali (15).

§ 113. — *a) Locatio conductio operis.*

Il contratto col quale un intraprenditore — *conductor* — si vincola di fronte al committente — *locator* — all'esecuzione di un'impresa, contro un premio in danaro, è la *locatio conductio operis* (1-2).

« sisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris « in haec verba: ' Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas « Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem « impleri aequum est ' ».

(12) Cfr. la regola svolta più sopra al § 45, n. 3; Cod. civ. germ., § 615 « Se l'avente diritto ai servigi entra in mora nell'accettazione di essi, l'obbligato può pretendere il compenso convenuto pei servigi non prestati in conseguenza della mora, senza essere tenuto alla succesiva prestazione. Egli deve nondimeno lasciarsi imputare quanto ha risparmiato, per la non eseguita prestazione di servigi, o quanto guadagni con altri impieghi dei propri servigi, o malignamente tralasci di guadagnare »].

(13) Nel fr. 38 pr., D. *h. t.*, Paolo veramente, libro *Singulari regularum*, dichiara: « Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si « per eum non stetit, quo minus operas praestet ». Però ciò non deve riferirsi ai casi, in cui si verifichi un'impossibilità della prestazione dei servigi in questione, non fondata nella persona del creditore; Trib. Imp., vol. III, pag. 182, e gli scrittori ivi citati. Cfr. Haeselich, *Chi sopporti il rischio del caso fortuito nei contratti sui servigi da prestarsi* [Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste], Diss. Univ. di Rostock, 1898. Sulla anticipata disdetta del rapporto di servigi secondo il Cod. civ. germ cfr. §§ 626-628 [§ 626: « Il rapporto di servizio può essere disdettato da ognuna delle parti senza osservanza di un termine di disdetta, quando vi sia un importante motivo »; § 627, cap. 2°: « L'obbligato alla prestazione di servigi può disdettare solo in modo, che l'avente diritto possa altrimenti procurarsi i servigi, salvochè esista un importante motivo per la disdetta intempestiva. Se egli disdetta intempestivamente, senza un tale motivo, deve risarcire all'avente diritto il danno da ciò derivante »; § 628: ... capov. 2°: « Se la disdetta viene occasionata da un diportamento dell'altra parte contrario al contratto, questa deve risarcire il danno derivante dall'annullamento del rapporto di servizio »].

(14) Trib. Imp., vol. XXIII, pag. 167.

(15) Legge sul fallimento, § 22.

(1) Dankwardt, *La locatio conductio operis*, negli *Annali di* Ihering, vol. XIII, n. 7; Pernice, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, Parte romanistica, volume IX, pag. 244.

(2) Cod. civ. germ: « Contratto d'opera », §§ 631 sgg.

Lo scopo è un effetto economico, un *opus* (3-4). Qui si appartengono particolarmente le lavorazioni di cose corporee, per es., la costruzione e la lavorazione di cose mobili, il trasporto di cose (5) e di persone, le costruzioni e le varie trasformazioni degl'immobili. Secondo le medesime regole vanno trattate le prestazioni immateriali aventi valore pecuniario, di natura commerciale, artistica, tecnica o scientifica (6-7).

L'intraprenditore ora deve prestare semplicemente il lavoro (locazione d'opera pura), ora anche deve fornire i materiali per l'opera (contratto di fornitura e d'opera) (8).

Ma se però incombe all'imprenditore di procurare l'oggetto prin-

---

(3) È inesatto il designare (come molti fanno, ad es. il WAECHTER, volume II, nelle sue appendici alle *Pandette*) la *locatio conductio operis*, come « un caso » della *locatio conductio operarum*. Si tratta in essa piuttosto di un effetto economico da prodursi: fr. 5, § 1, D. *de V. S.*, 50, 16. PAULUS, libro 2, *ad edictum*: 'Opere locato conducto': « his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum ». Ma naturalmente per tale effetto devesi impiegare il lavoro da parte dell'intraprenditore. Ciò appunto cerca di stabilire PAOLO, libro 34, *ad edictum*, fr. 22, § 2, D. *h. t.*, 19, 8: « locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem ».

(4) Il Cod. civ. germ, al § 631, capov. 2°, dispone: « Oggetto del contratto d'opera può essere tanto la produzione o la modificazione d'una cosa, quanto un altro effetto da prodursi mediante lavoro o prestazione di servigi ». Il Cod. civ. germ. tratta particolarmente del contratto di mediazione ai §§ 652 sgg.

(5) Il Codice comm. regola il « negozio di trasporto » ai §§ 425 sgg., ed il « negozio di trasporto per mare » ai §§ 556 sgg.

(6) Cfr. sul contratto d'insegnamento il mio *Diritto civile*, vol. II, Parte II, § 315; sul contratto di scrittura teatrale OPET, nell'*Archivio per la prat. civ.*, LXXXVI, n. 3.

(7) Un negozio particolarmente importante di questa specie è la somministrazione d'informazioni, sul credito che meriti una persona, e che è divenuta una base normale del credito moderno, assai ramificato. Cfr. al riguardo, UGO JACOBY, *L'informazione del credito*. Dissertazione inaugurale Univ. di Berlino, 1891. La relativa informazione viene di regola fornita « *senza obbligo* », e questa clausola deve supporsi come conforme agli usi, quando per eccezione venga omessa. Senza dubbio l'informatore risponde tuttavia pel dolo. Ma anche per la *culpa lata*? Ciò ritiene inesatto il JACOBY, *loc. cit.* Per contrario la responsabilità per la negligenza grave a noi sembra imposta dal generale interesse. Solo il giudice deve rendersi conto della grande difficoltà della somministrazione d'informazioni, ed essere perciò cauto nell'ammettere la negligenza grave.

(8) Una cosiddetta *locatio conductio irregularis* si ha, quando al *conductor* vien consentito, d'impiegare nella lavorazione altri materiali in luogo di quelli dati, od anche, nel caso di un trasporto, di restituire cose fungibili diverse da quelle consegnate: fr. 31, D. *h. t.*, 19, 2; fr. 34 pr. D. *de auro*, 34, 2; cfr. KARLOWA, nella *Rivista del* GRÜNHUT, vol. XVI, pagina 418; P. ROSSI, *Locatio conductio operis irregularis*, negli *Studi senesi*, vol. VII, pag. 181 sgg. [ffr. citt., riportati al § 93, nota 4]. — Un caso qui appartenente è il pagamento d'una somma di danaro, mediante « vaglia postale ».

cipale da elaborare, allora il negozio si considera come vendita, non come locazione d'opera, (9). Ciò non si riferisce però alle semplici aggiunzioni. Perciò gli edifizi sul suolo, assegnato dal committente, costituiscono sempre locazione di opera, anche se l'intraprenditore fornisca i materiali di costruzione (10).

a) L'intraprenditore deve fornire l'opera in conformità del contratto, in tempo debito (11), e scevra da difetti (12).

---

(9) § 4, I. *h. t.*, 3, 24: « Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, « ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet « verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio « contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque con- « trahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem « et venditionem contrahi, quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera « constituta dubium non est, quin locatio et conductio sit ». Ciò secondo Gaio, *Inst.*, III, § 147; cfr. fr. 2, § 1, D. *h. t.*, 19, 2 [« Adeo autem familiaritatem « aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in « quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. « ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret « certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta utrum emptio « et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis « emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera « constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit ». Gaius, libro secundo, *rerum cottidianarum*]. Il sottoporre i contratti di fornitura e di opera al concetto della vendita è del resto inopportuno ed economicamente pericoloso; Ehrenberg, *Vendita e contratto d'opera* [Kauf und Werkvertrag] negli *Annali di* Ihering; vol. XXVII, n. 4. Il Cod. civ. germ., § 651, distingue tra la produzione di cose rappresentabili (fungibili) e quella di cose non rappresentabili. Nel primo caso trovano applicazione le prescrizioni concernenti la vendita, nel secondo, in parte, i principii della vendita, ma in gran parte quelli del contratto d'opera.

(10) Fr. 20, D. *de contrahenda emptione*, 18, 1: « quoniam tunc a me sub- « stantia proficiscitur »; fr. 22, § 2, D. *h. t.*, 19, 2 [fr. 20, cit.: « Sabinus respondit, « si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem. « ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam loca- « tionem esse, ubi corpus impsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si « aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia profici- « scitur »; fr. 22, § 2, cit.: « Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa « conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen « locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem »]. È indifferente se la fabbrica deve essere eseguita sul suolo proprio del committente, o d'altrui. Così il Trib. Imp., vol. XIII, pag. 209, riguardo alla fabbrica di un circo su d'una pubblica piazza in seguito a commissione di una compagnia equestre. Cfr. inoltre Trib. Imp. Comm., vol. XXIII, pag. 89; Seuffert, *Archivio*, volume XLVIII, n. 254; Trib. Imp. nella *Rivista settimanale giuridica* [Iuristische Wochenschrift], 1893, pag. 556.

(11) L'indugio dà non di rado al committente un diritto di recedere dal contratto, secondo i principii svolti sopra, al § 35. Cfr. Cod. civ. germ., § 636 [« Se l'opera non viene, in tutto o in parte, eseguita, trovano analoga applicazione le norme del § 634, capoverso 1° a 3° sulla redibizione; al posto della pretesa alla

La personale esecuzione non è essenziale. Anzi l'intraprenditore può appaltare ulteriormente il suo lavoro (13), salvochè non siasi convenuto l'opposto, ovvero s'intenda da sè, secondo la natura del

---

redibizione subentra il diritto del committente, di recedere dal contratto secondo il § 327. Restano integri i diritti che competono al committente in conseguenza della mora dell'imprenditore. Se l'imprenditore contesta l'ammissibilità del dichiarato recesso, per avere egli eseguito l'opera in tempo debito, incombe a lui l'onere della prova »].

(12) Quando sia possibile un pronto miglioramento, il committente può richiederlo, e l'imprenditore offrirlo. Per quanto tempo il committente debba attenderlo, è a giudicarsi secondo i rapporti della vita e gli scopi del contratto. Se il committente si accontenta di un lavoro difettoso, egli può chiedere la diminuzione del prezzo, e, nel caso che l'imprenditore sia in colpa, il risarcimento dei danni. Ma il committente è libero anche di recedere dal negozio, quando il lavoro sia privo rilevantemente della qualità conforme al contratto, finchè però possa restituire quanto gli è stato prestato, il che particolarmente non può accadere per le fabbriche sul proprio suolo. Se l'impresa non sia ancora compiuta egli può rinunziarvi, quando risulti, che non possa più eseguirsi in modo conforme al contratto. Egli deve allora dare un compenso per ciò che è stato fatto ; fr. 60, § 4, D. *h. t.*, 19, 2 [« Mandavi tibi, ut excuteres, quanti villam aedificare velles : renuntiasti « mihi ducentorum impensam excutere : certa mercede opus tibi locavi, postea com- « peri non posse minoris trecentorum eam villam constare : data autem tibi erant « centum, ex quibus cum partem impendisses, vetui te opus facere. dixi, si opus « facere perseveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum resti- « tuas »]. L'imprenditore non è tenuto pei difetti, se abbia agito sulle istruzioni del committente, salvochè egli, come perito nell'arte, avrebbe dovuto avvertire il padrone, non perito, sui pericoli dell'esecuzione. Cfr. fr. 51, § 1 ; fr. 60, § 3, D. *h. t.*, 19, 2 [fr. 51, § 1, cit. : « Locavi opus faciendum ita, ut pro opere re- « demptori certam mercedem in dies singulos darem : opus vitiosum factum est : « an ex locato agere possim? respondit : si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi « a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia « daretur, praestari tamen tibi a conductore debet; si id opus vitiosum factum est : « non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas col- « locatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. poterit « itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas « singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur : tum enim « nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur »; fr. 60, § 3, cit. : « Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris « aut heredis eius esset : redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere per- « mutaverat. respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam « ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere »]. Secondo il Cod. civ. germ., §§ 633 sgg. il committente, se l'opera è difettosa, può richiedere la rimozione del difetto, e a tale scopo destinare all'imprenditore un congruo termine. Dopo il decorso del termine il committente può domandare la redibizione o la diminuzione, e se del difetto dell'opera deve rispondere l'imprenditore anche il risarcimento dei danni, pel mancato adempimento.

(13) Fr. 48 pr., D. *h. t.*, 19, 2. [« Si cui locaverim faciendum quod ego con- « duxeram, constabit habere me ex locato actionem »].

lavoro in questione. La *locatio conductio operis* comprende dunque in sè la cosiddetta « *entreprise* » (14).

L'intraprenditore può di regola adoperare degli assistenti, anche se egli sia tenuto ad una personale prestazione.

Per la colpa dei rappresentanti e degli assistenti egli risponde come per la propria (15).

L'obbligazione dell'intraprenditore è di regola ereditaria.

b) Il committente, *locator*, deve il prezzo convenuto, e propriamente, secondo la convenzione, o dopo il completamento dell'intera opera, o conforme ai singoli stadi del progresso dell'opera stessa (16). Devono prestarsi gli anticipi, quando siano particolarmente convenuti, ovvero usuali (17).

Il prezzo è anche dovuto, se l'impresa viene da parte del committente impedita con disdetta, contrariamente al contratto. Ma si deve però imputare il risparmio di spese altrimenti necessarie (18).

Il committente deve fornire in tempo la cosa che dev'essere lavorata (19), come pure riceversi in tempo debito l'opera compiuta. Se

---

(14) Dankwardt, *loc. cit.*, pag. 305, veramente vuole, che sia rigorosamente distinta la « locatio conductio operis » dall'appalto (« entreprise »). A torto. L'imprenditore promette « un prodotto del lavoro », e non necessariamente il « suo lavoro ». Ciò risulta anche dal fr. 48, pr., D., cit. [rip. nota precedente].

(15) Cfr. più sopra, § 38, nota 8.

(16) Fr. 51, § 1, D., *locati*, 19, 2; Cod. civ. germ., § 641, capov. 1°. [« Il compenso dev'essere corrisposto all'atto del ricevimento dell'opera. Se l'opera deve riceversi in parti, ed il compenso sia stabilito per le singole parti, tale compenso deve corrispondersi per ogni parte al ricevimento di questa »].

(17) Decorrono gl'interessi del compenso arretrato, dalla consegna dei lavori in poi? Una siffatta analogia, con un principio pur sempre singolare del diritto della vendita, offre difficoltà. Cfr. Windscheid, vol. II, § 401, nota 1 *a*; Cod civ. germ., § 641, capov. 2°. [« Di un compenso in danaro deve il committente corrispondere gl'interessi, dal ricevimento dell'opera in poi, quando il compenso non sia differito »].

(18) Cfr. fr. 19, § 9, D. *h. t.*, 19, 2 [rip. al § 112, nota 11]. Bolze, *La pratica del Trib. Imp.*, vol. II, pag. 230; Cod. civ. germ., § 649. [« Il committente può in ogni tempo, sino al compimento dell'opera, disdettare il contratto. Se il committente disdetta, l'imprenditore è autorizzato a domandare il compenso convenuto; egli deve nondimeno lasciarsi imputare le spese risparmiate in conseguenza dell' annullamento del contratto, o ciò ch'egli acquista mediante altro impiego della sua forza di lavoro, o maliziosamente tralascia di acquistare »]. Cfr. sopra, nota 12.

(19) Cfr. anche Cod. civ. germ., §§ 642-643. [§ 642: « Se per la produzione dell'opera si richiede un atto del committente, l'imprenditore, se il committente, omettendo l'atto, cade in mora dell'accettazione, può domandare un congruo risarcimento. — L'ammontare del risarcimento si determina da una parte secondo la durata della mora e la somma del compenso convenuto, e dall'altra secondo ciò che l'imprenditore risparmia in spese o può acquistare mediante altro impiego

essa è conforme al contratto, egli deve accordare la sua approvazione (20). Questa è già spesso contenuta implicitamente nell'accettazione senza riserva, o nel fatto che egli in breve tempo non abbia denunziato dei difetti. Dopo l'approvazione, l'imprenditore è responsabile solo per quei difetti, che non erano riconoscibili mediante una regolare verificazione. La prova di ciò è a carico del committente. Se l'imprenditore ha ottenuto con dolo l'approvazione, essa non vale a discaricarlo (21).

È controversa la questione del rischio, cioè se all'imprenditore spetti ugualmente il compenso, nel caso del fortuito perimento o deterioramento dell'opera intrapresa (22).

Naturalmente il rischio passa al committente, quando egli ha ritirato l'opera od avrebbe dovuto ritirarla. All'incontro sino a quel momento il rischio è sopportato dall'intraprenditore, poichè il compenso gli vien promesso per l'opera già compiuta. Ma sarebbe rigoroso l'attenersi strettamente a questi principii. Essi subiscono quindi le seguenti modificazioni, derivanti dall'equa considerazione del lavoro adoperato:

a) Se il perimento od il deterioramento dell'opera si è verificato per effetto del materiale fornito dal committente, il rischio è a danno di lui, ed egli deve quindi corrispondere un proporzionale compenso.

Se il danno fortuito è inoltre conseguenza di una causa fondata nella persona del committente, o se colpì la cosa nel tempo, in cui

---

della sua forza di lavoro ». § 643: « L'imprenditore nel caso del § 642 è autorizzato a stabilire al committente un congruo termine pel tardivo adempimento dell'atto, con la dichiarazione di disdettare il contratto, se l'atto non viene eseguito sino al decorso del termine. Il contratto si considera come annullato, se l'atto non segue sino al decorso del termine assegnato »].

(20) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 640, capov. 1°.

(21) Fr. 24, pr. D. *h. t.*, 19, 2. [« Si in lege locationis comprehensum sit, « ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium « comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium com- « prehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro « bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum « tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. « quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex « locato agi possit »]. Dalla proposizione « ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta » non si può dedurre con Arndts, § 315, che l'imprenditore, dopo l'approvazione, sia responsabile solo pel dolo.

(22) Vedi Bolze, *Sul caso fortuito nella locazione d'opera* [Ueber den Zufall bei der Werkverdingung], nell' *Archivio per la prat. civ.*, vol. LVII, n. 5; Schmauser, *Il caso fortuito nella locazione d'opera*, Diss. Inaug. Univ. di Erlangen, 1891; Adnet, *loc. cit.*, pag. 29, vedi più sopra § 112, nota 1; Oertmann, *Il caso fortuito nella locazione d'opera* nella *Rivista* di Grünhut, vol. XXIV, pag. 1. Cfr inoltre gli scrittori citati nel Windscheid, vol. II, § 401, nota 8.

essa era sotto la custodia del committente stesso, deve valere la medesima regola (23).

b) Il rischio è anche a carico del committente, se l'opera viene distrutta da forza maggiore, che non poteva essere evitata per via di precauzioni tecniche, per es., se fu distrutta da un terremoto (24-25).

---

(23) Ciò deriva dalla natura della cosa: cfr. Strohal, negli *Annali* di Ihering, vol. XXXIII, pag. 386.

(24) Dal concetto della *locatio conductio operis*, come lo svolse Labeone, cfr. sopra nota 3, deriva, che il *conductor* sopporta il rischio, se l'*opus* perisce, prima che il committente l'abbia accettato, o avesse dovuto accettarlo. Ciò esprime Labeone, libro primo *pithanorum*, fr. 62, D. *h. t.*, 19, 2: « Si rivum, quem « faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum « periculum est ». Paolo fa l'eccezione evidentemente giusta: « immo si soli « vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detri- « mentum ». Un'altra eccezione ancora più profonda è di Sabino. Cfr. fr. 59, D. *h. t.*, 17, 2, Iavolenus, libro 5 *Labeonis posteriorum*: « Marcius domum « faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu con- « cussum erat aedificium. Masurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu « hoc acciderit, Flacci esse periculum ». La *vis naturalis*, di cui parlava Sabino, è la forza maggiore: cfr. più sopra, § 39, nota 7. È concorde Florentinus, libro 7, *inst.* fr. 36, D. *h. t.*, 19, 2: « Opus quod aversione locatum est donec « adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes « mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum « non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus « opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit « quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim « amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus « esset ». Ciò viene completato dal fr. 37, D. *h. t.*, 19, 2: Iavolenus, libro 8, *ex Cassio*: « Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, « detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet ».

(25) Il Cod. civ. germ. dispone, in modo rigoroso, al § 644, capov. 1°: « L'imprenditore sopporta il rischio sino alla consegna dell'opera. Se il committente cade in mora dell'accettazione, il rischio passa a carico di lui. Pel fortuito perimento e pel fortuito deterioramento della materia fornita dal committente l'imprenditore non è responsabile ». Cfr. anche cap. 2°, ed i §§ 645, 646. [§ 644, cap. cit.: « Se l'imprenditore su richiesta del committente spedisce l'opera ad un altro luogo diverso da quello dell'adempimento, trovano corrispondente applicazione le norme del § 447, che valgono per la vendita ». § 645: « Se l'opera prima della consegna sia perita o deteriorata, o divenuta ineseguibile in conseguenza di un difetto della materia fornita dal committente, o di una istruzione da questi data per l'esecuzione, senza che abbia contribuito una circostanza di cui debba rispondere l'imprenditore, quest'ultimo può domandare una parte del compenso, corrispondente al lavoro prestato, e l'indennizzo delle spese, non comprese nel compenso. Lo stesso vale quando il contratto viene annullato in conformità del § 643. — Una responsabilità più ampia del committente a causa di colpa resta impregiudicata »]. Dernburg, *Diritto civile*, vol. II, parte II, § 318.

§ 114. — La *lex Rhodia de iactu* (1).

Se un pericolo di mare minaccia la nave ed insieme il carico, e a scongiurarlo il capitano della nave sia costretto a dei sacrifizi, tutti coloro che corrono il rischio devono sopportare in comune il danno, la « *grande avaria* » (2).

Questa regola, cioè la *lex Rhodia de iactu*, passò dal diritto di Rodi nel romano, e da questo nel diritto medioevale e nel diritto marittimo moderno. Si dà origine così ad una giuridica comunione tra l'armatore della nave e tutti i caricatori di essa, dal tempo del caricamento delle merci da trasportarsi sulla nave, sino allo scaricamento di esse, la quale giuridica comunione ha una base naturale nella comunione di fatto, che sorge per effetto del caricamento.

I presupposti della ripartizione del danno sono:

1° Un immediato pericolo, minacciante nave e carico insieme.

2° Un sacrifizio fatto per la comune salvezza. Il caso primitivo è il getto di merci in mare (3); ma si annoverano anche tutte le altre misure di salvamento per la nave, tra l'altro il sovraccarico di merci negli alleggi, affondatisi, il taglio degli alberi od altri danneggiamenti della nave, il riscatto dai pirati (4).

---

(1) Tit. Dig. *De lege Rhodia de iactu*, 14, 2; PAULLI, *Sent.*, II, 7; Cod. Comm., §§ 700 sgg.; GOLDSCHMIDT, nella sua *Rivista*, vol. XXXV, pag. 36, pag. 321; HECK. *Il diritto della grande avaria* [Das Recht der grossen Haverei], 1889, specialmente pag. 592. Ivi trovasi la bibliografia.

(2) L'espressione « avaria » è divenuta tecnica per tale danno, e per l'istituto giuridico. È un nome di origine araba? vedi GOLDSCHMIDT, *loc. cit.*, nota 1. Nell'avaria, nel senso nostro, si tratta di spese straordinarie. L'avaria « ordinaria » o « piccola », cioè le spese in condizioni difficili, che però non sono per sè straordinarie, come, per es., lo sgombero del ghiaccio, la necessità di un costiere, deve essere sopportata solo dall'armatore, senza che egli possa rivolgersi per essa agli interessati del carico. Dalla « grande » avaria, o « comune », devesi inoltre distinguere l'avaria « particolare », o « speciale ». Essa consiste nei danni, che colpiscono il singolo: per es. quando si sviluppi l'incendio nella merce di un caricatore, e ne resti distrutta.

(3) Fr. 1, D. *h. t.*, 14, 2, PAULUS, libro 2 *sententiarum*: « Lege Rhodia « cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contri- « butione sarciatur quod pro omnibus datum est ».

(4) Esempi contengono i ffr. 2, § 1, 3; 5, § 1, D. *h. t.*, 14, 2; fr. 4 pr. D. *eod.*; fr. 2, § 3, D., *eod.* Cfr. anche fr. 4, § 2, D. *eod.* [fr. 2, § 1 cit.: « Si « conservatis mercibus deterior facta sit navis aut si quid exarmaverit, nulla « facienda est collatio, quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia « parentur et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit: nam et si faber « incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. sed si « voluntate vectorum vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc

3° Le misure di salvamento devono essere procedute dal capitano della nave (5).

4° La nave dev'essere rimasta salva, come pure una parte del carico (6).

« ipsum sarciri oportet ». fr. 3 cit.: « Cum arbor aut aliud navis instrumentum « removendi communis periculi causa deiectum est, contributio debetur ». fr. 5 cit.: « Arbore caesa, ut navis cum mercibus liberari possit, aequitas contributionis « habebit locum ». fr. 4, pr. cit.: « Navis onustae levandae causa, quia intrare « flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham « traiectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur aut in ipso ostio vel portu, « eaque scapha summersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces « salvas habent, cum his qui in scapha perdiderunt, proinde tamquam si iactura « facta esset: idque Sabinus quoque libro secundo responsorum probat. contra si « scapha cum parte mercium salva est, navis periit, ratio haberi non debet eorum, « qui in nave perdiderunt, quia iactus in tributum nave salva venit ». fr. 2, § 3 cit.: « Si navis a piratis redempta sit, Servius Ofilius Labeo omnes conferre « debere aiunt: quod vero praedones abstulerint, eum perdere cuius fuerint, nec « conferendum ei, qui suas merces redemerit ». fr. 4, § 2: « Cum autem iactus de « nave factus est et alicuius res, quae in navi remanserunt, deteriores factae sunt, « videndum, an conferre cogendus sit, quia non debet duplici damno onerari et « collationis et quod res deteriores factae sunt. sed defendendum est hunc con- « ferre debere pretio praesente rerum: itaque verbi gratia si vicenum merces duorum « fuerunt et alterius aspargine decem esse coeperunt, ille cuius res integrae sunt « pro viginti conferat, hic pro decem. potest tamen dici etiam illa sententia distin- « guentibus nobis, deteriores ex qua causa factae sunt, id est utrum propter iacta « nudatis rebus damnum secutum est an vero alia ex causa, veluti quod alicubi iace- « bant merces in angulo aliquo et unda penetravit. tunc enim conferre debebit: an ex « priore causa collationis onus pati non debet, quia iactus etiam hunc laesit? « adhuc numquid et si aspargine propter iactum res deteriores factae sunt? sed « distinctio subtilior adhibenda est, quid plus sit, in damno an in collatione: si « verbi gratia eae res viginti fuerunt et collatio quidem facit decem, damnum « autem duo, deducto hoc, quod damnum passus est, reliquum conferre debeat. « quid ergo, si plus in damno erit quam in collatione? ut puta decem aureis res « deteriores factae sunt, duo autem collationis sunt. indubitate utrumque onus « pati non debet: sed hic videamus, num et ipsi conferre oporteat. quid enim « interest iactatas res meas amiserim an nudatas deteriores habere coeperim: « nam sicut ei qui perdiderit subvenitur, ita et ei subveniri oportet, qui dete- « riores propter iactum res habere coeperit. haec ita Papirius Fronto respondit »]. — Il Cod. comm. germ., § 706 enumera, non però tassativamente, singoli casi della grande avaria; all'incontro la disposizione della legge, su ciò che nei casi da essa enumerati costituisce la grande avaria, è diritto di norma tassativa. Trib. Imp. Comm., vol. XIII, pag. 407.

(5) Le fonti romane non rilevano ciò espressamente: s'intende da sè. Diversamente Heck, pag. 594. Nel diritto marittimo moderno non v'è alcun dubbio su di ciò. Cod. Comm. germ., § 700. [« Tutti i danni che vengono volontariamente recati alla nave od al carico, o all'una e all'altro, per la loro salvezza da un comune pericolo, dal capitano o su comando di lui, come pure i danni di poi prodotti da tali misure, ed altresì le spese fatte per tali scopi, sono grande avaria... »].

(6) Paull., *Sent.*, II, 7, § 3; fr. 4 pr., *h. t.*; fr. 2 pr., D. *eod.*, Cod. civ. germ., § 703. [Paull., *loc. cit.*: « Nave vel arbore vi tempestatis amissa vectores ad con-

La ripartizione del danno avveniva in Roma nel modo seguente: il capitano della nave doveva fare delle proporzionate ritenute agli obbligati alla contribuzione, ed indennizzare con essa gli aventi diritto al risarcimento (7). Secondo il diritto marittimo attuale deve formarsi un progetto di ripartizione, o regolamento di avaria (*dispache*) ad opera di arbitri (*dispacheure*) nominati d'uffizio (8-9), in base

« tributionem non tenentur, nisi ipsis arborem salutis causa eruentibus navis salva « sit ». fr. 2 cit. riportato alla nota seguente].

(7) PAULUS, libro 34, *ad edictum*, fr. 2 pr., D. *h. t.*, 14 2: « Si laborante « nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas loca- « verant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, « quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione com- « municetur, agere potest. [Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro « navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni « praestent. immo etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est « actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas « habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. at si non totam navem « conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: « aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas « res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent »].

(8) Cod. comm., § 729.

(9) Secondo il Cod. civ. germ., § 711, riguardo alle merci sacrificate e alle salvate, è decisivo il valore venale al luogo di destinazione. Così era anche in Roma, come il HECK, *l. c.*, pag. 604, ha dimostrato, mentre la tradizionale interpretazione del fr. 2, § 4, D. *h. t.*, 14, 2, veniva al risultato, che le merci sacrificate dovessero computarsi secondo il loro « prezzo di acquisto ». Naturalmente riguardo alle merci sacrificate deve dedursi quanto venne risparmiato di spese in conseguenza della perdita di esse. [fr. 2, § 4 cit.: « Portio autem pro aestima- « tione rerum quae salvae sunt et earum quae amissae sunt praestari solet, nec « ad rem pertinet, si eae quae sunt pluris veniri poterunt, quoniam detrimenti, « non lucri fit praestatio. sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, « aestimatio debet haberi non quanti emptae sint, sed quanti venire possunt »]. — Non si dovevano in Roma porre a contributo le provviste di viveri: fr. 2, § 2, D. *h. t.*, 14, 2 [« Cum in eadem nave varia mercium genera complures « mercatores coegissent praetereaque multi vectores servi liberique in ea navi- « garent, tempestate gravi orta necessario iactura facta erat: quaesita deinde « sunt haec: an omnes iacturam praestare oporteat et si qui tales merces impo- « suissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas margaritas? et quae « portio praestanda est? et an etiam pro liberis capitibus dari oporteat? et qua « actione ea res expediri possit? placuit omnes, quorum interfuisset iacturam « fieri, conferre oportere, quia id tributum observatae res deberent: itaque « dominum etiam navis pro portione obligatum esse. iacturae summam pro rerum « pretio distribui oportet. corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse. « ex conducto dominos rerum amissarum cum nauta, id est cum magistro acturos. « itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cuiusque et anulorum aestima- « tionem fieri oporteat: et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa « imposita forent, quo in numero essent cibaria: eo magis quod, si quando ea

al quale regolamento gli aventi diritto al risarcimento acquistano una azione, diretta contro gli obbligati alla contribuzione. Però questi ultimi sono soltanto tenuti con la merce salvata (10).

Le disposizioni della *lex Rhodia* valevano anche per le navi fluviali (11). Attualmente sono al riguardo decisive le norme della legge sulla navigazione interna (12).

Ad altri casi non può applicarsi la *lex Rhodia*, poichè essa non riposa su di un principio generale, ma sui particolari rapporti della navigazione per trasporti (13).

« defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune conferret »]. — Alquanto più oltre va il il Cod. civ. germ., § 723 [« Non contribuiscono alla grande avaria: 1° le provviste di guerra e di viveri della nave; 2° la paga e gli averi dell' equipaggio; 3° il bagaglio dei viaggiatori. — Se sono state sacrificate cose di questa specie, o se hanno sofferto un danno che appartiene alla grande avarìa, viene accordato un compenso a tenore dei §§ 711 a 715; per gli oggetti preziosi, oggetti d'arte, danaro e carte valori il compenso viene però accordato solo allora, quando essi siano stati debitamente denunciati al capitano (§ 607)].

(10) Cod. comm. germ., §§ 725, 726. [§ 725: Gli aventi diritto al compenso hanno, a causa dei contributi da corrispondersi dalla nave e dal carico, i diritti di creditori della nave. Anche riguardo alle merci obbligate al contributo compete loro un diritto di pegno sulle singole merci, a causa del contributo che deve essere con esse corrisposto. Il diritto di pegno non può però essere fatto valere dopo la consegna delle merci al terzo acquirente, il quale ne abbia acquistato il possesso in buona fede ». § 726: « Una personale obbligazione alla corresponsione del contributo non è in sè fondata, pel caso dell' avarìa. — Nondimeno l'accipiente delle merci vincolate al contributo, se all'accettazione di esse conosce, che debba corrispondersi un contributo, diviene per questo intanto personalmente obbligato, in quanto il contributo stesso, nel caso che la consegna non fosse avvenuta, si sarebbe potuto prestare con le merci »].

(11) In senso contrario la Corte d'appello di Amburgo, nell'*Archivio di* Seuffert, vol. XLVI, n. 22.

(12) Legge sulla navigazione interna, §§ 78 sgg. [corrispondenti in massima alle norme più estese del Cod. comm. germ.].

(13) Una estensione dei principii della *lex Rhodia* a tutti i casi, nei quali alcuno abbia presso di sè cose di diversi proprietari, e col sacrifizio delle cose dell'uno salva quelle dell'altro, è sostenuta dal Windscheid, vol. II, § 403, nota 13. Ancora più oltre va Ihering, nei suoi *Annali*, vol. X, pag. 348. Cfr. contro entrambi il Goldschmidt, *loc. cit.*, pag. 61. Egli rigetta tra l' altro a ragione l' applicabilità della *lex Rhodia* al caso, per es., in cui il conduttore di una vettura postale avesse consegnato ai masnadieri, che lo avessero assalito, una borsa di danaro caricata insieme con altri oggetti, allo scopo del salvamento di questi. Analogamente il Heck, *loc. cit.*, pag. 589.

V. — *Mandato. Negozi affini.* « *Negotiorum gestio* ».

a) **Mandato** (1).

§ 115. — **Concetto del mandato.**

L'assunzione di un incarico, senza ricompensa, mandato, dà origine a reciproche obbligazioni tra chi dà l'incarico, mandante, e chi lo assume, mandatario (2).

Il mandato ha per oggetto principalmente atti giuridici, siano essi negozi giuridici, od atti processuali. Ma anche l'assunzione di prestazioni puramente di fatto è mandato, se essa ha luogo senza ricompensa (3).

Il mandato può avere per contenuto l'amministrazione di un intero patrimonio, o riferirsi a rami determinati di esso, ad anche riguardare singoli negozi (4-5).

---

(1) Tit. Inst., *de mandato*, 3, 26; Dig., *mandati vel contra*, 17, 1; Cod. 4, 35.

(2) I Romani chiamano il mandante « *mandans* » o « *mandator* »; pel mandatario non avevano alcuna particolare denominazione; doveva supplire il vocabolo polisenso « *procurator* ».

(3) § 13, I. *h. t.*, 3, 26 «..... si fulloni polienda curandave vestimenta dederis « aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati « competit actio ». Le legislazioni moderne limitano per lo più il mandato al caso dell' incarico per atti giuridici. Il Cod. civ. germ. concorda col diritto comune.

(4) Cfr. vol. I, § 119, nota 13 e 14.

(5) Appare singolare quel mandato, pel quale il mandatario debba alienare al mandante la sua propria cosa. Perchè piuttosto non dirlo senz'altro una vendita? Pur nondimeno accade. Se in particolare si dà mandato ad un coerede o ad un condomino di acquistare per intero pel mandante la cosa comune o l' eredità, il mandato si estende anche alla cosa propria del mandatario: fr. 22, § 4, 34, § 1. ffr. 35, 36, D. *h. t*, 17, 1. Si può ricavare da ciò (come il Goldschmidt, *Manuale di diritto commerciale*, 3ª edizione, vol. I, pag. 78, insegna) che già in Roma si conoscesse « il diritto del commissionario di contrattare in nome proprio », alla maniera del moderno diritto commerciale? Ciò è del tutto inammissibile: cfr. sopra § 59, nota 7. [fr. 22, § 4 cit.: « Iulianus scribit mandati obligationem con- « sistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit ex eo maxime probari, quod, « si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero, ut rem hereditariam emeret, « etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione et obligat: et sane « si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quod mandatum susceperat, ex « bona fide esse praestare ei pretium, quanti vendere poterat: et contra si emptor « ad emptionem rei sibi necessariae idcirco non accesserat, quod heredi praecepisset « se ei empturum, aequissimum esse mandati iudicio praestari, quanti eius interfuit « emptam rem habere ». fr. 34, § 1 cit.: « Cum heres ex parte esses, mandavi « tibi, ut praedium hereditarium mihi emeres certo pretio: emisti. pro coheredum

Non di rado il mandato racchiude in sè i pieni poteri (una procura), cioè l' autorizzazione d' intraprendere atti giuridici, con l' effetto che avrebbero, se lo stesso *dominus negotii* li avesse compiuti (6). Allora il mandato ha valore non soltanto tra il mandante e il mandatario (all'in-

---

« quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos. pro tua autem parte « posse dubitari ait, utrumne ex empto an mandati agi oporteat: neque enim « sine ratione quem existimaturum pro hac parte sub condicione contractam « emptionem. quod quidem maxime quaeri pertinere ait, ut, si forte prius quam « emptio fieret decesserim et tu, cum scires me decessisse, propter mandatum « meum alii vendere nolueris, an heres meus eo nomine tibi sit obligatus, et « retro, si alii vendideris, an heredi meo tenearis. nam si quidem sub condicione « emptio facta videtur, potest agi, quemadmodum si quaevis alia condicio post « mortem exstitisset: sin vero perinde mandati agendum sit, ac si alienum fundum « emi mandassem, morte insecuta, cum id scieris, resoluto mandato nullam tibi « actionem cum herede meo fore. sed et si mandati agendum esset, eadem prae- « standa, quae praestarentur, si ex empto ageretur ». fr. 35 cit.: « Si fundum, « qui ex parte tuus est, mandavi tibi ut emores mihi, verum est mandatum posse « ita consistere, ut mihi ceteris partibus redemptis etiam tuam partem praestare « debeas. sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quanticumque « aliorum partes redemeris, sic et tua pars coartabitur, ut non abundet mandati « quantitatem, in quam tibi emendum totum mandavi: sin autem nullo certo pretio « constituto emere tibi mandaverim tuque ex diversis pretiis partes ceterorum « redemeris, et tuam partem viri boni arbitratu aestimato pretio dari oportet, « fr. 36: ita ut omnes summas maiores et minores coacervet et ita portionem « ei qui mandatum suscepit praestet. quod et plerique probant. Simili modo et in « illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi et aliarum partium nomine com- « mode negotium gessisti et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestatur, « quanti interest tua, dummodo intra id pretium, quod mandato continetur. quid « enim fiet, si exiguo pretio hi, cum quibus tibi communis fundus erat, rem abi- « cere vel necessitate rei familiaris vel alia causa cogerentur? non etiam tu ad « idem dispendium deduceris. sed nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, « cum mandatum gratuitum esse debet: neque enim tibi concedendum est propter « hoc venditionem impedire, quod animosiorem eius rei emptorem esse quam « tibi mandatum est cognoveris. Quod si fundum, qui per partes venit, emendum « tibi mandassem, sed ita, ut non aliter mandato tenear, quam si totum fundum « emeres: si totum emere non potueris, in partibus emendis tibi negotium ges- « seris (sive habueris in eo fundo partem sive non): et eveniet, ut is cui tale « mandatum datum est periculo suo interim partes emat et, nisi totum emerit, « ingratis eas retineat. nam propius est, ut cum huiusmodi incommodis man- « datum suscipi possit praestarique officium et in partibus emendis perinde atque « in toto debeat ab eo, qui tale mandatum sua sponte suscepit. Quod si man- « dassem tibi, ut fundum mihi emeres, non addito eo, ut non aliter mandato tenear, « quam si totum emeres, et tu partem vel quasdam partes eius emeris, tum « habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvis reliquas partes emere « non potuisses »].

(6) LABAND, nella *Rivista per il diritto commerciale del* GOLDSCHMIDT, vol. X, pag. 205, cfr. vol. I, § 119, nota 5.

terno), ma anche di fronte a terze persone (all'esterno). Ma non ogni mandato contiene simili pieni poteri. D'altra parte nel diritto progredito vi sono numerosi casi di pieni poteri, senza che vi sia un mandato. Il procuratore è allora autorizzato ai relativi atti giuridici, senza esservi obbligato.

I Romani distinguono *mandatum mea*, *aliena* e *tua gratia* (7):

a) Di regola il mandato viene conferito nell'interesse del mandante (*mea gratia*), con questo può del resto associarsi l'interesse di un terzo od anche del mandatario.

b) Il mandato può inoltre essere validamente conferito nel semplice interesse di un terzo — *aliena gratia* —, talchè il mandante non ha un interesse per sè stante all'esecuzione.

c) All'incontro il mandato *tua gratia*, conferito solo nell'interesse del mandatario, è privo in sè di forza giuridica.

Tale mandato ha semplicemente il valore di un consiglio. In virtù di esso si può soltanto allora rivolger pretese, contro chi lo ha conferito, quando costui avesse agito dolosamente, o si fosse particolarmente

---

(7) Fr. 2, D. *h. t.*, 17, 1 pr.; § 1, sqq., I, *h. t.*, 3, 26. [fr. 2 cit.: « Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeres vel ut pro me fideiubeas. Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fumdum ei emeres vel ut pro eo fideiubeas. Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et Titio fundum emeres vel ut pro me et Titio fideiubeas. Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur. Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut si sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloces: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium ». *Inst.*, tit. cit., § 6: « ... itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel eam credas, quamvis non expediet tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esse. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandet. licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem »].

obbligato (8-9). Ma naturalmente il mandante è responsabile, quando il mandatario non poteva desumere dal mandato, che questo fosse stato dato nel suo esclusivo interesse, e lo avesse adempito.

---

(8) Fr. 2, § 6, D. *h. t.*, 17, 1. GAIUS, libro 2 *rerum cottidianarum*... « magis « consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex « consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur [vedi nota precedente] ». Così pure il § 6, I. *h. t.*, 3, 26 [nota precedente]. Chi porge un consiglio diviene per esso obbligato: *a*) per l'esito cattivo, quando egli abbia consigliato maliziosamente: fr. 47 pr., D. *de r. i.*, 50, 17; cfr. fr. 10, § 7, D. *h. t.*, 17, 1; come pure; *b*) quando egli promise di rispondere per le conseguenze del consiglio: fr. 12, § 13, D. *h. t.*, 17, 1; *c*) per ogni colpa risponde colui, che ha promesso un diligente consiglio. L'assunzione di una tale obbligazione deve supporsi, quando si dan consigli per professione abituale, ed in tal caso anche contro compenso. Ma troppo oltre va l'opinione del VANGEROW, vol. III, § 659, che sia tenuto senz' altro per la mancanza di diligenza colui, che venne domandato nella sua qualità di perito nell'arte, e diede il consiglio. Se questi venne interrogato a passeggio o ad un ballo da un conoscente, col quale egli non trovavasi in relazione d'affari, è tenuto di certo soltanto per l'eventuale dolo. Lo stesso vale nei consigli commerciali e nelle raccomandazioni. Cfr. Trib. Imp. comm., vol. XIX, pag. 197. Ma se sussisteva una relazione di affari tra il consulente e chi riceve il consiglio, il primo è tenuto per la piena diligenza nelle sue raccomandazioni e nelle somministrazioni d' informazioni. Trib. Imper., vol. XXVII, pag. 118. ERNESTO WOLFF, *La responsabilità del consulente*, [Die Haftung des Rathgebers]. Diss. Inaug. Univ Berlino, 1899. Il Cod. civ. germ., al § 676, nulla ha immutato a questi principii. [Fr. 47 cit.: « Consilii non fraudolenti nulla obli« gatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit »; fr. 10, § 7 cit.: « Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, ita demum « rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia cre« dita sit, Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri. et est verum eum, qui « non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis « procuratoribus et actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri, sed si « quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri »; fr. 12, § 13 cit.: « Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus con« sultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel « quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. hoc amplius dico, si, cum « dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non, nec essem daturus « contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret non accipere contra « senatus consultum, et ' periculo meo crede ', dicat. ' bene credis ': arbitror « locum esse mandato et mandati eum teneri »].

(9) È assai controverso il rapporto del fr. 6, § 5, D. *h. t.*, 17, 1, di ULPIANO, libro 31 *ad edictum*, di fronte ai principii sviluppati sopra alla nota 8: « Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea « quoque interfuit: aut. si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non « interfuit, tamen erit mandati actio ». Frequentemente si deduce da ciò la regola, che il consiglio ed il « mandatum tua gratia » obblighino chi dà il consiglio, quando l'altra parte da questo soltanto sia stata determinata all'atto in questione, ma non si dichiara come ciò debba essere stabilito. Nulla possono importare le idee di chi ha ricevuto il consiglio. La decisione — si noti — è diretta solo al caso, in cui prima della esecuzione siasi dichiarato a chi ha dato il consiglio, che

Il mandato è gratuito (10), non un affare a scopo di lucro del mandatario. In ciò si distingue dal contratto di servigi. Il mandatario si determina ad assumere il mandato per rapporti personali col mandante, per es., di parentela, amicizia, spirito di corpo, non per l'intenzione di guadagnare danaro. Può certamente essergli promesso un onorario (11). Ma l'onorario è qualcosa di diverso dalla mercede, non

---

l'atto consigliato « si compirà solo in considerazione del consiglio ». Se dopo ciò quegli tace, deve dedursi, che egli voglia rispondere dell'esito del suo consiglio. Si tratta, per conseguenza, di una promessa di garanzia tacita. — Altre opinioni vedi in VANGEROW, vol. III, § 659, n. 4; WAECHTER, *Pandette*, vol. II, pag. 451; WOLFF, *loc. cit.*, pag. 16.

(10) Fr. 1, § 4, D. *h. t.*, 17, 1. PAULUS, libro 32 *ad edictum*: « Mandatum « nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, con- « trarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem « et conductionem potius respicit ». fr. 36, § 1, D. *eod.* IAVOLENUS, libro 7 *ex Cassio* « .....nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gra- « tuitum esse debet ». Così pure il Cod. civ. germ., § 662.

(11) Fr. 6 pr., D. *h. t*, 17, 1: [« Si remunerandi gratia honor intervenit, « erit mandati actio »]. L'onorario non poteva riscuotersi in Roma con l'*actio mandati*, ma mediante una *extraordinaria cognitio*: fr. 7, D. *h. t.*, 17, 1; c. 1, Cod. *h. t.*, 4, 35; fr. 1 pr., sqq., D. *de extraordinariis cognitionibus*, 50, 13. [Fr. 7 cit.: « Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, « considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem « adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra « bonus mores procurator redemerit »; n. c. cit.: « Adversus eum, cuius negotia « gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam « erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod « promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur ». fr. 1 pr., sqq. cit.: « Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum « studiorum liberalium... » (cfr. § 108 nota 18). « Medicorum quoque eadem « causa est quae professorum... : et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet. « Sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur... An et « philosophi professorum numero sint? et non putem, non quia non religiosa res « est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere. « Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent: est quidem res san- « ctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec « dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri « debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. « Ludi quoque litterarii magistris licet non sint professores, tamen usurpatum « est, ut his quoque ius dicatur: iam et librariis et notariis et calculatoribus « sive tabulariis. Sed ceterarum artium opificibus sive artificibus, quae sunt « extra litteras vel notas positae, nequaquam extra ordinem ius dicere praeses « debebit. Sed et si comites salarium petant, idem iuris est, quod in profes- « soribus placet. Sed et ad versus ipsos omnes cognoscere praeses debet, quid « ut ad versus advocatos adeantur, divi fratres rescripserunt. In honorariis « advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis proque advocati fa- « cundia et fori consuetudine iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, « dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur: ita enim rescripto im-

ha per iscopo un guadagno pecuniario; vien dato come attestazione di gratitudine, come riconoscimento pei servigi prestati, come indennizzo di spese, che non possono facilmente essere singolarmente calcolate, come pure a titolo di sostentamento, durante il tempo del disbrigo dell'affare (12). Se siasi convenuto un onorario od una mercede, si rileva di regola dalle speciali circostanze del caso.

Nelle occupazioni di ecclesiastico, di maestro di scienza o di arte, di medico o di avvocato (*operae liberales*), principalmente si tratta di beni inestimabili. Esse non vengono pagate, ma onorate. Questi servigi appartengono dunque necessariamente al mandato (13).

« peratoris nostri et patris eius continetur. verba rescripti ita se habent: ' Si « Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam « exhibere paratus est, eam dumtaxat pecuniam, quae modum legitimum egressa « est, repetere debes '. Advocatos accipere debemus omnes omnino, qui causis « agendis quoquo studio operantur: non tamen qui pro tractatu, non adfuturi « causis, accipere quid solent, advocatorum numero erunt. Si cui cautum est hono- « rarium vel si quis de lite pactus est, videamus, an petere possit. et quidem de « pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro et divo patre eius: ' Litis causa « malo more pecuniam tibi promissam ipse quoque profiteris. sed hoc ita ius est « si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur. si vero post « causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem « quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit: sic tamen, ut computetur id « quod datum est cum eo quod debetur ne utrumque compositum licitam quanti- « tatem excedat '. Licita autem quantitas intellegitur pro singulis causis usque « ad centum aureos. Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit « mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret. Ad « nutricia quoque officium praesidis vel praetoris devenit: namque nutrices ob « alimoniam infantium apud praesides quod sibi debetur petunt. sed nutricia eo « usque producemus, quoad infantes uberibus aluntur: ceterum post haec cessant « partes praetoris vel praesidis. Haec omnia si apud praesides petantur, videamus « an de mutuis petitionibus possunt praesides cognoscere. et putem debere « admitti ».

(12) Löwenfeldt, nel *Parere dell'Ordine degli avvocati sul progetto del Codice civ. germ.*, pag. 884; Petražycki, *Il reddito*, vol. II, § 34.

(13) Cfr. Löwenfeldt, *loc. cit.*, e nella Pubblicazione festiva nella Univ. di Monaco, per Planck, *Inestimabilità e onorario delle* operae liberales [Inästimabilität und Honorirung der *operae lib.*], 1887, pag. 387 sgg. Vi è però questa differenza dal mandato ordinario, che gli ecclesiastici, gl' insegnanti, e così via, non sono punto vincolati senz'altro alle istruzioni del mandante, ma piuttosto assumono di fronte a lui, da parte loro, un'attitudine autorevole, per far valere i precetti della religione, della scienza e dell'arte. Hefke, *Il medico* [Der Arzt], Darmastadt, 1886. — Il Cod. civ. germ. ammette anche qui un contratto di servigi, ma applica ad esso, nei punti essenziali, le norme riguardanti il mandato: cfr. § 675.

§ 116. — Le obbligazioni derivanti dal mandato.

1. Le obbligazioni del mandatario sono le seguenti:

a) A lui incombe l'accurata ed esatta esecuzione del mandato assunto, non unilateralmente secondo la lettera di esso, ma secondo il suo senso riconoscibile. Di regola egli deve anche uniformarsi alle successive istruzioni del mandante, in quanto esse restino comprese nei limiti del mandato. Non gli sono permesse le arbitrarie deviazioni, anche se dovessero essere pecuniariamente vantaggiose, poichè egli è un rappresentante, e non il *dominus negotii* (1). Ma però se le circostanze, che determinarono il mandato, si mutano, il mandatario deve raccogliere la decisione del mandante, ed ove ciò non sia possibile, agire secondo il concetto di lui (2).

L'esecuzione del mandato per mezzo di altre persone — sostituti —, è permessa al mandatario, salvochè sia richiesta la sua personale attività, o sia evidentemente imposta dalla natura del negozio (3). Anche

---

(1) Fr. 5, § 1, D. *h. t.*, 17, 1. Paulus, libro 32 *ad edictum*: « Itaque si « mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeres tuque Titianam emeris, « longe maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse « mandatum ».

(2) Concordemente il Cod. civ. germ., § 665.

(3) Cfr. fr. 8, § 3, D. *h. t.*, 17, 1; cap. 1, § 2, e cap. 9 in VI *de procuratoribus*, 1, 19; Goldschmidt, *Rivista pel diritto commerciale*, vol. XVI, p. 309. Diversamente il Windscheid, vol. II, § 410, nota 5. [Fr. cit.: « Si quis manda- « verit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati « actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam « enim vulgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem « non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere « non potest ». cap. 1, § 2 cit.: « Procurator vero datus ad negotia, potest libere « quandocumque alium deputare ». cap. 9 cit.: Procurator non aliter censetur « idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit « speciale. Et quamvis alias is, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare « possit: in hoc tamen casu (propter magnam quod ex facto tam arduo posset « periculum imminere) non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit « commissum. Sane si procurator antequam contraxerit, a domino fuerit revo- « catus contractum postmodum matrimonium ab eodem (licet tam ipse, quam ea, « cum qua contraxerit, revocationem huiusmodi penitus ignorarent) nullius mo- « menti existit, cum alius consensus defecerit, sine quo firmitatem habere « nequivit »)]. Tra il mandante ed il sostituto sorgono, in conseguenza della gestione di negozi di quest'ultimo, *actiones negotiorum gestorum*: fr. 5, § 3, D. *de negotiis gestis*, 3, 5 [« Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui « contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te nego- « tiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. « quid tamen si a procuratore tuo stipulatus sum? potest dici superesse mihi

allora, per un proprio impedimento, gli è consentita la sostituzione in caso di necessità, anzi secondo le circostanze essa è un dovere per lui. Chi per l'esecuzione del mandato adoperò, essendovi autorizzato, dei sostituti, è tenuto solo per la propria colpa, in particolare nella scelta, o per le istruzioni date ad essi; ma chi li ammise, senza esservi autorizzato, è tenuto per qualsiasi danno da ciò derivante, e risponde in particolare anche per il loro errore, come pel proprio.

b) Qualsiasi colpa, che grava su di lui nella esecuzione del negozio o per l'indugio di questo, obbliga il mandatario al risarcimento (4).

c) Ciò ch'egli ottenne in conseguenza del mandato, deve rendere al mandante, anche se questi non avesse per sè alcun diritto a tale introito (5). Perciò egli deve mettere in conto i pagamenti riscossi per crediti presunti del mandante, sebbene insussistenti (6); deve abbo-

---

« adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipula-« tionem interposui »]. Avviene anche, che il mandatario dà mandato al sostituto in nome e per conto del suo mandante, talchè il sostituto diviene mandatario del primo mandante. Cfr. anche Trib. Imp. comm., vol. XXIV, pag. 198. Secondo il Cod. civ. germ., § 664, il mandatario non può, nel dubbio, trasmettere ad un terzo l'esecuzione del mandato.

(4) Cc. 11, 13, 21, Cod. *h. t.*, 4, 35; fr. 23, D *de R. I.*, 50, 17. Ma cfr. anche *Collatio legum Rom. et Mos.*, X, 2, § 3. [c. 11 cit.: « Procuratorem non « tantum pro his quae gessit, sed etiam pro his quae gerenda suscepit, et tam « propter exactam ex mandato pecuniam quam non exactam, tam dolum quam « culpam, sumptum ratione bona fide habita, praestare necesse est ». c. 13 cit.: « A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum prae-« standum esse iuris auctoritate manifeste declaratur ». c. 21 cit.: « In re man-« data non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam « existimationis periculum est. nam suae quidem quisque rei moderator atque « arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vera « negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum « ac declinatum culpa vacuum est ». fr. 23 cit.: « Contractus quidam dolum malum « dumtaxat recipiunt, ...dolum et culpam mandatum... » § 3 cit.: « In mandati vero « iudicio dolus, non etiam culpa deducitur: quamvis singulariter denotare liceat, « in tutelae iudicio utrumque deduci, cum solius pupilli non etiam tutoris uti-« litas in administratione versetur »].

(5) Fr. 20 pr., D. *h. t.*, 17, 1; Paulus, libro 11, *ad Sabinum*: « Ex mandato « apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum « pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit »; Cod. civ. germ., § 667 [« Il mandatario è tenuto a rendere al mandante tutto ciò ch'egli riceve per la esecuzione del mandato, e quanto consegue dal trattamento dell'affare »].

(6) Fr. 46, § 4, D. *de procuratoribus*, 3, 3; fr. 10, §§ 2, 3; fr. 8, D. *h. t.*, 17, 1 [fr. 46 cit.: Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in « litibus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite consecutus erit « sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet man-« dati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non « debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat »; fr. 10, §§ citt.: « Si ex fundo

nare i frutti e gl' interessi che egli percepì, o che avrebbe dovuto percepire dal patrimonio amministrato: deve non meno corrispondere

---

« quem mihi emit procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis prae-
« stare eum oportet. Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique
« usuras mihi pendet. sed et si pecuniam meam faenori dedit usurasque consecutus
« est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumentum
« sensit, sive ei mandavi sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum
« sentiat: quod si non exercuit pecuniam, sed ad usos suos convertit, in usuras
« convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentatur. denique Papinianus
« ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum
« praestare debere »; fr. 8 cit.: « Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi
« causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri
« nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi:
« uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam. Sed et si per
« collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si
« solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem
« absolutus sit, dandam ait. Sed et de lite quam suscepit exsequenda mandati
« eum teneri constat » (§ 3 rip. più sopra, nota 3). « Si tutores mandaverint
« contutori suo mancipium emendum pupillo et ille non emerit, an sit mandati
« actio, et utrum tantum mandati an vero et tutelae? et Iulianus distinguit: referre
« enim ait, cuius generis servum tutores uni tutorum mandaverint ut emeret,
« nam si supervacuum servum vel etiam onerosum, mandati actione tantum
« eum teneri, tutelae non teneri: si vero necessarium servum, tunc et tutelae
« eum teneri non solum, sed et ceteros: nam et si mandassent, tenerentur
« tutelae, cur servum pupillo necessarium non comparaverunt: non sunt igitur
« excusati, quod contutori mandaverunt, quia emere debuerunt. plane habebunt
« nihilo minus mandati actionem, quia mandato non est obtemperatum. contra
« quoque Iulianus ait tutorem qui emit mandati actionem habere adversus con-
« tutores suos. Si liber homo, cum bona fide serviret, mandaverit Titio ut redi-
« meretur et nummos ex eo peculio dederit, quod ipsum sequi, non apud bonae
« fidei emptorem relinqui debuit, Titiusque pretio soluto liberum illum manu-
« miserit, mox ingenuus pronuntiatus est, habere eum mandati actionem Iulianus
« ait adversus eum cui se redimendum mandavit, sed hoc tantum inesse mandati
« iudicio, ut sibi actiones mandet, quas habet adversus eum a quo comparavit.
« plane si eam pecuniam dederit, quae erat ex peculio ad bonae fidei emptorem
« pertinente, nulla ei, inquit Iulianus, mandari actiones possunt, quia nullas habet,
« cum ei suos nummos emptor dederit: quinimmo, inquit, ex vendito manebit
« obligatus, sed et haec actio inutilis est, quia quantum fuerit consecutus, tantum
« empti iudicio necesse habebit praestare. Mandati actio tunc competit, cum
« coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati
« actio, et eatenus competit, quatenus interest. ut puta mandavi tibi, ut fundum
« emeres: si intererat mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego
« ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. mandavi,
« ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est,
« aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. et in similibus hoc idem erit
« probandum. Si ignorantes fideiussores debitorem solvisse vel etiam acceptila-
« tione sive pacto liberatum ex substantia debitoris solverunt, non tenebuntur
« mandati. Quod et ad actionem fideiussoris pertinet, et hoc ex rescripto divorum
» fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: ' Catullo Iuliano. Si hi, qui

al mandante gl'interessi del danaro a questi spettante, se egli lo impiegò in proprio vantaggio (7-8).

Gl'incombe anche la restituzione dei documenti, che abbia presso di sè in conseguenza del mandato; in particolare deve egli restituire, alla fine del mandato, l'atto della procura (9).

d) Il mandatario deve opportunamente ragguagliare il mandante e rendergli conto della esecuzione del mandato, e secondo il bisogno compilargli un formale rendiconto coi necessari documenti (10).

« pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, « scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus « his aequitate iudicis tueri te '. igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: « si scierunt, incumbebat eis necessitas provocandi, ceterum dolo versati sunt, si « non provocaverunt. quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est « eorum inopia. sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret ap- « pellaret, puto rationem eis constare. Dolo autem facere videtur, qui id quod « potest restituere non restituit: proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque « emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim « pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus « passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem « dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad « hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. sed et si resti- « tuas, et tradere debes. et si cautum est de evictione vel potest desiderare, ut « tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in « rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis »].

(7) Sino a qual punto si debba giungere, è una questione interessante e praticamente importante. L'egoismo dei procuratori e l'inclinazione del commercio, di trattare le cose con comodità e con abbandono, cercano di scemare la misura di questi obblighi, ma il diritto adempie alla sua alta missione moralizzatrice, quando mantiene fermo il cardine della scrupolosa lealtà e della completa convenienza. Il procuratore perciò deve porre in conto al mandante particolarmente le provvigioni straordinarie ed i doni, coi quali il terzo contraente abbia voluto compensarlo a causa della conclusione dei negozi di cui è incaricato, anche se egli abbia agito onestamente, e stia lungi il sospetto di corruzione; Trib. Imp., vol. IV, pag. 290; Crome, *I negozi giuridici parziari* [Die partiarischen Rechtsgeschäfte], pag. 504. Naturalmente ciò vale anche pei commessi di negozio. I negozi, conchiusi dal mandatario ad occasione della esecuzione del mandato, nulla importano al mandante.

(8) Fr. 10, § 3, D. *h. t.*, 17, 1 [nota 6]. Non si fa differenza, se l'impiego era illecito o lecito; Cod. civ. germ., § 668 [« Se il mandatario impiega per conto proprio danaro, ch'egli deve restituire al mandante, o che deve impiegare per lui, è tenuto a corrispondere gl'interessi dal tempo dell'impiego »].

(9) Trib. Imp., vol. III, pag. 186; Cod. civ. germ., § 175.

(10) Fr. 46, § 4, D. *de procuratoribus*, 3, 3; fr. 56, § 2, D. *h. t.*, 17, 1: cfr. fr. 111, D. *decond. et dem.*, 35, 1 [fr. 56, rip. nota 6; fr. 56, § 2, cit.: « Non ideo minus « omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos quinque « de provincia reversus, mox rei publicae causa profecturus non acceptis ratio- « nibus mandatum instauraverit. cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit « quidquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam

L'azione del mandante contro il mandatario è l'*actio mandati directa*.

2. Il mandante, di fronte al mandatario, è obbligato precipuamente alla rifazione dei danni.

a) Egli deve indennizzarlo delle spese, che il mandatario fece *bona fide* e con accorgimento, persino se esse non ebbero buon esito, ed anche se il mandante sarebbe stato più economico (11). Egli deve inoltre

---

« rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet »; fr. 111 cit.: « Qui sub condicione rationum reddendarum liber esse iussus est, docere « debet constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit quid « ex his quae acceperit neque expensum rationibus praescripserit quod non dederat: « sed et quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, solvere « debet: neque enim aliter liber esse potest, quam si hoc modo condicioni, sub « quam data est libertas, satisfecerit. ceterum debitores, cum quibus ipse con- « traxit, non utique in diem mortis domini sui fuisse idoneos praestare cogendus « est, sed eo tempore, quo his creditum est, eius condicionis fuisse, ut diligens « pater familias his crediturus fuerit »]; Trib. Imp. comm., vol. VI, pag. 215; Cod. civ. germ., § 666. Sull'obbligo al rendimento del conto, vedi particolarmente il BAEHR, negli *Annali di* IHERING, volume XIII, n. 6. Il suo termine correlativo necessario è, come i pratici antichi ed il Bähr insegnano, che « chi rende il conto deve confermare con giuramento la completezza del conto reso riguardo agl'introiti ». Se ciò si ammetta, l'obbligo del rendimento del conto è un coltello senza lama. Infatti il mandatario potrebbe cavarsela col conto più irrisorio. Cfr. anche SEUFFERT, vol. XLVIII, n. 26 (Corte d'appello di Cassel); Cod. civ. germ., §§ 259-261. [§ 259 cit.: « Chi è tenuto a render conto di un'amministrazione alla quale sono connessi introiti ed esiti, deve comunicare all'avente diritto un conto contenente un ordinato prospetto degl'introiti e degli esiti, e produrre documenti giustificativi, in quanto sogliano essere rilasciati. — Se vi sia motivo ad ammettere che le indicazioni sugli introiti contenute nel conto non siano state fatte con la richiesta diligenza, l'obbligato deve a richiesta prestare il giuramento dichiarativo: « che egli, a quel che sappia, ha indicato gl'introiti così completamente, com'era in grado di fare ». — Negli affari di lieve importanza non vi è obbligo per la prestazione del giuramento dichiarativo »; § 260: « Chi è tenuto a rendere un complesso di oggetti [cose o diritti], o a dare ragguaglio sulla consistenza di un tal complesso, deve presentare all'avente diritto lo stato di consistenza. — Se vi sia motivo ad ammettere, che questo non sia stato redatto con la necessaria diligenza, l'obbligato deve a richiesta prestare il giuramento dichiarativo: « che egli ha indicato per quanto sappia la consistenza così completamente, com'era in grado di fare ». — Trova applicazione il disposto del § 259, cap. 3.

(11) Fr. 12, §§ 7 sqq.; fr. 45, fr. 12, § 9, D. *h. t.*, 17, 1 [fr. 12 cit.: « Con- « trario iudicio experiuntur qui mandatum susceperunt, ut puta qui rerum vel « rei unius procurationem susceperunt. Inde Papinianus quaerit, si patronus « praedium quod emerat, pro quo pretii bessem exsolverat, iusserit liberto suo « tradi, ut ille residuum pretii redderet, deinde reddito pretio vendenti fundum « patrono libertus consenserit, trientis pretium an libertus possit repetere. et ait, « si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio « posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore « percepit, superest: quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et

corrispondere gl'interessi di queste spese (12). Così pure deve prestare anticipi, per le spese prevedibili (13).

« postea libertum patrono donasse. Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, « egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio reciperando: sed « et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit con- « traria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid « aliud mandaveris et in id sumptum fecero. nec tantum id quod impendi, verum « usuras quoque consequar... » (v. § 29 nota 10); fr. 45 cit.: « Si mandatu meo « fundum emeris. utrum cum dederis pretium ageres mecum mandati, an et ante- « quam des, ne necesse habeas res tuas vendere? et recte dicitur in hoc esse « mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: « nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti « actiones. Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta « causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: nondum enim « perfecisti mandatum. Item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis « promiseris, et antequam solvas dicendum est te agere posse, ut obligationem susci- « piam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo defensurum te. « Si iudicio te sisti promisero nec exhibuero, et antequam praestem mandati agere « possum, ut me liberes: vel si pro te reus promittendi factus sim. Sed si man- « davero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa dam- « natus sis, humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere. Quo- « tiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, « non dandi tenebitur reus: et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti « cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere « mandati actionem, ut liberemur. Si fideiussor multiplicaverit summam, in quam « fideiussit, sumptibus ex iusta ratione factis, totam eam praestabit is pro quo « fideiussit. Quod mihi debebas a debitore tuo stipulatus sum periculo tuo: posse « me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva Atili- « cinus aiunt, quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat, et merito: tunc « enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen eius creditor secutus est, non « cum periculo debitoris ab eo stipulatur. Idem iuris est, si mandato fideiussoris « cum reo egissem, quia sequenti mandatu liberaretur ex priore causa »]. Persino le spese fatte in conseguenza di errore scusabile può il mandatario imputare: fr. 29, § 1 sqq.; fr. 51, D. *h. t.*, 17, 1 [fr. 29, §§ citt.: « Non male tractabitur, « si, cum ignoraret fideiussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem « habeat. et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, « aliud dici debet. Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum « mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit debi- « torem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse, « ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et excutiat ei « summam, in quam fideiussit. Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, « cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum « non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere man- « dati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem « non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, « ne duplum creditor consequatur. Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, « caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit sive sciens, sive ignarus: « de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de

Se il mandatario ha ecceduto il mandato, egli può ciò nonostante pretendere il rimborso delle spese, se moderi le sue pretese secondo i limiti del mandato, e tuttavia offra al mandante tutto ciò che il medesimo avrebbe avuto, data l'esatta osservanza del mandato. Ciò vale segnatamente, quando egli sorpassò invero il limite di prezzo in una compera, di cui era incaricato, ma si presti a lasciare al mandante la cosa comprata al prezzo limitato (14).

« hoc tantum, debitor fuerit nec ne. In omnibus autem visionibus, quae praepo- « sitae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel numeratam « iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei « pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem « cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur. « Fideiussor, si solus tempore liberatus tamen solverit creditori, recte mandati « habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit, tamen « fidem implevit et debitorem liberavit: si igitur paratus sit defendere reum « adversus creditorem, aequissimum est mandati iudicio eum quod solvit recipe- « rare. et ita Iuliano videtur ». fr. 51 citato: « Fideiussor quamvis per errorem « ante diem pecuniam solverit, repetere tamen ab eo non potest ac ne mandati « quidem actionem, antequam dies solvendi veniat, cum reo habebit »]. Il Cod. civ. germ., al § 670, dispone: « Se il mandatario fa delle spese allo scopo della esecuzione del mandato, da lui ritenute necessarie, secondo le circostanze, il mandante è tenuto al risarcimento ».

(12) Fr. 12, § 9, D. *h. t.*, 17, 1. Cod. civ. germ., § 256, periodo 1°. [« Chi è tenuto al risarcimento di spese, deve corrispondere gl'interessi della somma spesa, o, se in luogo di danaro siano stati impiegati altri oggetti, dell'ammontare da pagarsi come indennizzo del loro valore, dal tempo della spesa o dell'impiego »].

(13) Fr. 12, § 17, fr. 45, pr., D. *h. t.* 17, 1. [fr. 12, § cit.: « Item Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres « eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia « fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret « monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam « daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit » fr. 45 pr. rip. sopra nota 11]. Cod. civ. germ., § 669.

(14) § 8, I. *h. t.*, 3, 26, Gaius, III, § 161, fr. 3, § 2 e 4, D. *h. t.* 17, 1. [§ 8 cit.: « Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut « ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres vel « ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam « fideiubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut « Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere « velis, inutiliter te acturum: diversae scholae auctores recte te usque ad centum « aureos acturum existimant: quae sententia sane benignior est. quod si minoris « emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum « aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur ut minoris si posset « emeretur ». Gaius, *loc. cit.*: « Cum autem is cui recte mandaverim egressus « fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus « mea interest inplesse eum mandatum, si modo inplere potuerit: at ille mecum « agere non potest. itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi

b) La colpa del mandante lo rende responsabile al risarcimento dei danni verso del mandatario. Pel danno fortuito, che colpì il mandatario ad occasione del mandato, egli non deve rispondere (15-16).

« sestertiis C emeres, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, « etiamsi tanti velis mihi dare fundum quanti emendum tibi mandassem. idque « maxime Sabino et Cassio placuit. Quodsi minoris emeris, habebis mecum sci- « licet actionem, quia qui mandat ut C milibus emeretur, is utique mandare « intellegitur, uti minoris. si posset, emeretur ». fr. 3, § 2 cit.: « Quod si « pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere « actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: namque iniquum « est non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse » fr. 4 cit.: « Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum exi- « stimat, quae sententia sane benignior est »]. Tale era l'opinione di Proculo, mentre Sabino e Cassio negavano in tal caso al mandatario l'*actio mandati*, perchè il mandato non era eseguito.

(15) Fr. 26, § 6, D. *h. t.*, 17, 1. PAULUS, libro 32 *ad edictum*: « Non omnia, « quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a « latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus « quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet ». fr. 61, § 5, D. *de furtis*, 47, 2. [riportato al § 92, nota 24]. Il principio non è esente da difficoltà. Già la glossa « *mandato* » al § 26, § 6, D. *mandati*, osserva: « item nec hic § de curialitate debet servari ». Più d' uno scrittore anteriore di diritto comune voleva di conseguenza riconoscere una responsabilità del mandante, pei danni che fortuitamente colpissero il mandatario. Vedi anche KOPPEL, *La responsabilità del mandante pel danno fortuito* [Haftung des Auftraggebers für zufälligen Schaden]. Dissertazione inaugurale Univ. Breslavia, 1886. UNGER, *L'agire a rischio altrui* [Handeln auf fremde Gefahr], negli *Annali* di IHERING, vol. XXXIII, pag. 329, distingue a ragione quegl'infortuni che sono conseguenza della esecuzione del mandato, pei quali è tenuto il mandante, da quelli sorti solo in occasione di tale esecuzione, e pei quali il mandante non deve rispondere. Concorda sostanzialmente con Unger anche HANAU, Diss. Inaug. Univ. di Berlino, 1894, EISELE, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXXIV, pag. 319.

(16) Che dovrà dirsi, se vien falsamente trasmesso un mandato? Un caso di questa specie (cfr. *Rivista pel diritto tedesco*, vol. XIX, pag. 456 sgg.) levò speciale rumore verso il 1850. Mentre i corsi alle Borse oscillavano, una Banca diede il mandato di « comprare » — « kaufen » — alcuni titoli. L'ufficio telegrafico trasmise di « vendere » — « verkaufen ». Ciò venne eseguito. Ne sorse un danno rilevante. Poteva il mandatario domandare il risarcimento del danno? Contro di ciò stava il fatto, che un contratto del mandatario col mandante non era venuto in essere a causa di errore essenziale sul negozio di compravendita. Cfr. vol. I, § 101. Neanche poteva rinvenirsi, come di certo a torto si ritenne, una *culpa in contrahendo* nel mandante, per essersi egli servito del telegrafo. Pur nondimeno la gran maggioranza degli scrittori ammise l'obbligo al risarcimento del mandante. Cfr. IHERING, nei suoi *Annali*, vol. IV, pag. 83; WINDSCHEID, vol. II, § 309, nota 5, e gli scrittori ivi citati; PERNICE, nella *Rivista* di GOLDSCHMIDT, vol. XXV, pag. 132. Il senso del diritto sembra che stia in favore di ciò: la giuridica giustificazione è però difficile. Su di essa anche le opinioni sono assai divergenti. Si dovrà ricavare dalla natura del mandato. Il mandante pone

c) Spetta infine al mandante il pagamento dell'onorario convenuto, o legale od usuale, di regola dopo la fine del negozio.

Il mandatario agisce contro del mandante con l'*actio mandati contraria*.

Più mandatari sono obbligati solidalmente all'esecuzione del mandato, e più mandanti sono responsabili solidalmente di fronte al mandatario (17).

§ 117. — Estinzione del mandato.

Il mandato trova la sua fine naturale nel compimento del negozio affidato, come pure per lo scadere di un termine finale apposto al mandato, o pel verificarsi dell'apposta condizione risolutiva, infine anche per l'impossibilità del suo adempimento.

Secondo il particolare diritto del mandato, esso inoltre ha termine, dacchè stringe un rapporto personale fondato sulla fiducia:

a) per disdetta di una delle due parti.

In ispecie il mandante può in ogni tempo rivocare il mandato. Il mandato in tal caso cessa, non appena il mandatario ha notizia della revoca (1), salvochè gli sia concesso di sbrigare quanto ha cominciato. Tutto ciò non muta per la rinunzia contrattuale del mandante alla revoca, ma ben essa avrà per conseguenza che sia dovuto l'onorario per tutto il tempo stabilito nel contratto (2).

---

in movimento l'attività del mandatario, e propriamente pei suoi scopi, e richiedendo immediata esecuzione. Allora la *bona fides* esige, che egli assuma la responsabilità per un danno derivante dalla inesatta trasmissione dei suoi incarichi. Sino a tal punto egli perciò si considera come debitore contrattuale. Trib. Imp., vol. XXVIII, pag. 16. Oramai il Cod. civ. germ. § 120 dispone: « Una dichiarazione di volontà, che viene inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio adibito per la trasmissione, può essere impugnata sotto i medesimi presupposti, come, secondo il § 119, una dichiarazione di volontà rilasciata per errore ».

(17) Fr. 59, § 3 D. *h. t.*, 17, 1. [« Paulus respondit unum ex mandatoribus in « solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemna- « tionem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos « pro parte dimidia conveniri posse et debere »].

(1) Fr. 15, D. *h. t.*, 17, 1; Cod. civ. germ., § 671, cap. 1°. [fr. cit.: « Si « mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, ante- « quam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur « is qui suscipit mandatum ». § 71 cit.: « Il mandato può in ogni tempo esser rivocato dal mandante, e in ogni tempo essere disdettato dal mandatario »].

(2) Trib. Imp. Comm., vol. VI, pag. 180; vol. XXIII, pag. 324; Trib. Imp., pag. 186, vol. III.

Anche il mandatario ha il diritto della disdetta. Se essa però avviene intempestivamente, in modo che il mandante non possa più provvedere altrimenti, il mandatario sarà tenuto al risarcimento dei danni. Solo per motivi rilevanti egli può anche disdettare intempestivamente (3).

b) Inoltre la morte di una delle parti è causa di estinzione.

Il mandato quindi si estingue di regola con la morte del mandante; nondimeno questa dev'essere giunta a notizia del mandatario (4), e sarà ancora per lui un dovere ed un diritto di compiere quanto ha incominciato (5). Già il diritto romano ammetteva i mandati per quei negozi, che dovevano essere eseguiti solo dopo la morte del mandante (6).

---

(3) Fr. 22, § 11, D. *h. t.*, 17, 1; fr. 23-25, D. *eod.*; per es. se il mandante dia urgente occasione alla disdetta, ovvero il mandatario venga impedito da grave malattia. [fr. 22, § 11 cit.: « Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, « ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit (renuntiari autem ita « potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem « rem commode esplicandi) aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum. « et quidem si is cui mandatum est ut aliquid mercaretur mercatus non sit neque « renuntiaverit se non empturum idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati « actione teneri eum convenit: hoc amplîus tenebitur sicuti Mela quoque scripsit, « si eo tempore per fraudem renuntiaverit, cum iam recte emere non posset ». ffr. 23-25 citt.: « Sane si valetudinis adversae vel capitalium inimicitiarum seu « ob inanes rei actiones seu ob aliam iustam causam excusationes alleget, audiendus « est »]. Concordemente il Cod. civ. germ., § 671, capov. 2°. [« Il mandatario deve disdettare solo in modo, che il mandante possa altrimenti prender cura dell'affare, salvochè esista un importante motivo per la disdetta intempestiva. Se egli disdetta senza un tale motivo intempestivamente, deve risarcire al mandante il danno da ciò derivante »]. Secondo il capov. 3°, ivi, il mandatario può rinunziare al diritto di disdetta; da ciò non viene però impedita una disdetta per un importante motivo.

(4) Fr. 26, pr. D. *h. t.*, 17, 1; c. 15, C. *h. t.*, 4, 35. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 674. [fr. 26, pr. cit.: « Inter causas omittendi mandati etiam mors man« datoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum « est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit man« datoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare ». c. cit.: « Mandatum re integra domini morte finitur ». § cit.: « Se il mandato si estingue in altro modo che mediante revoca, si considera tuttavia, che perduri a favore del mandatario, finchè questi riceva notizia della estinzione, o debba conoscerla »].

(5) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 672, periodo 2°.

(6) Fr. 12, § 17 [rip. § precedente nota 13]; fr. 13, D. *h. t.*, 17, 1; cfr. però anche fr. 108, D. *de solutionibus*, 46, 3. [fr. 13 cit.: « Idem est et si mandavi « tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum ». fr. 108 cit.: « Ei, « qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est « lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei solvitur. ei autem, cui iussi « debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum « morte dissolvitur »]. Cfr. Zimmern, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte*

Nel diritto comune non si deve rifiutare riconoscimento ad un'espressa estensione agli eredi del mandante. Il Codice civile germanico stabilisce, che nel dubbio il mandato non si estingue per la morte, o per la sopravvenuta incapacità di agire del mandante (7).

Con la morte del mandatario si estingue il mandato, però i suoi eredi devono senza indugio parteciparla al mandante; inoltre in casi di necessità devono mandare a termine, quanto si fosse incominciato (8). Pel Codice civile il mandato solo nel dubbio si estingue per la morte del mandatario (9).

La fine del mandato non pregiudica le obbligazioni già da esso derivate: essa impedisce solo il sorgere di altri obblighi in forza del mandato.

Col mandato si estingue anche la procura in esso contenuta (10).

---

del mandante [Ueber den nach dem Tode des Mandators zu vollziehenden Auftrag], nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. IV, n. 19, e VANGEROW, vol. III, § 662.

(7) Cod. civ. germ., § 672. [« Il mandato non si estingue nel dubbio per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante. Se il mandato si estingue, il mandatario, quando siavi pericolo nella dilazione, deve continuare la cura del negozio affidatogli, finchè l'erede o il rappresentante legale del mandante possa altrimenti provvedere; in quanto a ciò il mandato si considera come perdurante »]. Cfr. Legge di procedura civile, § 86, sulla procura in giudizio; Cod. comm. germ., § 52, capov. 3° sulla « procura ». [§ 86 cit.: « La procura non viene annullata, nè per la morte di chi l'ha conferita, nè per una modificazione riguardo alla sua capacità di stare in giudizio od alla sua rappresentanza legale; il procuratore però se dopo la sospensione della lite si presenta in giudizio pel successore, deve produrre una procura di questo ». § 52 cit.: « La « procura » è revocabile in ogni tempo, senza riguardo al rapporto giuridico che sta di base al conferimento di essa, senza pregiudizio della pretesa al compenso contrattuale. — La « procura » non è trasmissibile. — La « procura » non si estingue per la morte del possessore del negozio commerciale »].

(8) Cfr. fr. 1, pr. D., *de fideiussoribus et nominat.*, 27, 7; fr. 40, D., *pro socio*, 17, 2. [fr. 1 cit.: « Quamvis heres tutoris tutor non est, tamen, ea quae « per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimae aetatis et masculus sit, « explicari debent: in quibus dolus eius admitti potest ». fr. 40 cit.: Heres « socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt « per heredem explicari debent: in quibus dolus eius admitti potest »].

(9) Cod. civ. germ., § 673. [« Il mandato si estingue nel dubbio per la morte del mandatario. Se il mandato si estingue, l'erede del mandatario deve senza indugio denunziare la morte di lui al mandante, e, se siavi pericolo nell'indugio, continuare l'amministrazione dell'affare affidato, finchè il mandante possa altrimenti provvedere: il mandato in quanto a ciò si considera come perdurante »],

(10) Vedi maggiori particolari al vol. I, § 119, nota 5 sgg.

b) Sottospecie del mandato e negozi affini.

§ 118. — Contratti di garanzia.

Il rovescio del mandato è la promessa del mandante, di risarcire al mandatario le spese del negozio compiuto. Tale garanzia può costituire persino lo scopo principale, nel conferimento del mandato. Essa viene anche spesso assunta indipendentemente.

1. Il mandato di credito anzitutto — *mandatum qualificatum* — ha la sua maggiore importanza nell'assunzione di una garanzia. Esso consiste nell'incarico di far credito ad un terzo, con la qual cosa si promette la rivalsa, a causa della concessione del credito. Così sorge l'effetto di una fideiussione (1).

2. Di natura indipendente sono i contratti di garanzia (2), che hanno per iscopo di favorire una progettata intrapresa, assumendo su di sè in tutto o in parte il rischio di essa.

Qui appartiene particolarmente la garanzia contro le perdite, pel caso che gl'introiti di esposizioni artistiche od industriali non dovessero coprire le spese, come pure la garanzia d'interessi, dello Stato o di corporazioni, a favore delle società delle ferrovie, o di altri intraprenditori.

In questi casi colui che garantisce non è mandante; egli non acquista alcun diritto all'esecuzione dell'impresa, ma mira a promuoverla, nell'interesse privato o pubblico, mediante l'assunzione della garanzia.

La diligenza nell'impianto e nell'esercizio dell'impresa è di regola condizione tacita della garanzia.

Gl'infortuni imprevisti sono a carico di chi garantisce.

§ 119. — L'assegno (1-2).

Molti vedono nell'assegno, per la riscossione di un pagamento presso di un terzo, due mandati, e propriamente un primo diretto alla persona

---

(1) Cfr. più sopra, § 77.

(2) STAMMLER, *Il contratto di garanzia* [Der Garantievertrag], nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXIX, n. 1; cfr. anche UNGER, *L'agire a rischio altrui* [Handeln auf fremde Gefahr], negli *Annali* di IHERING, vol. XXXIII, pag. 300. Il Cod. civ. germ. non menziona il contratto di garanzia.

(1) I Romani usavano l'espressione « delegatio », che essi adoperavano a denotare operazioni di affari assai differenti, anche pei casi del mandato di pagamento. Ciò non è più nell'uso, ed invece l'uso del linguaggio commerciale chiama tali

delegata all'incasso — *mandatum accipiendi*, mandato d'incasso —, ed un secondo alla persona delegata alla prestazione del pagamento — *mandatum solvendi* (3).

Questo concetto non è giusto. Un mandato, per la riscossione di un pagamento, non è necessariamente contenuto nell'assegno.

Piuttosto per assegno deve intendersi l'autorizzazione, conferita da parte dell'assegnante al delegatario od assegnatario, di riscuotere danaro od altri valori presso un terzo, delegato od assegnato, in conto del delegante.

Esso dà dunque all'assegnatario un'autorizzazione all'incasso; questo può anche di certo aver luogo nell'interesse dell'assegnante, dimodochè l'assegnatario in tal caso è un mandatario di lui. Ma assai spesso esso segue nell'interesse di ambo le parti. Può infine semplicemente stare nell'interesse dell'assegnatario, per es. a scopo di un accreditamento, od anche di una donazione, che l'assegnante abbia in animo di fargli mediante l'assegno.

All'incontro di regola con l'assegno si conferisce certamente un mandato di pagamento all'assegnato (4).

Spesso l'assegnante è debitore dell'assegnatario, e l'assegnato debitore dell'assegnante. Ma neanche ciò è essenziale al rapporto.

---

negozi, da secoli, « assegni ». Noi scorgiamo in ciò un progresso, poichè era opportuno dare ad un particolare rapporto un nome particolare. Una diretta soluzione delle assai controverse e difficili questioni, che sorgono riguardo all'assegno, non trovasi contenuta nelle fonti giuridiche romane. Solo in un punto trovasi una decisione, ma essa non corrisponde all'odierno modo di concepire del commercio, ed è inapplicabile: cfr. più giù, nota 11. La teoria dell'assegno deve perciò ricavarsi parte dai principii generali, parte dallo studio della nozione che se ne ha in commercio. Del tutto diversamente il WENDT, *Il diritto generale dell'assegno* [Das allgemeine Anweisungsrecht], 1895.

(2) La bibliografia è ricca. Essa trovasi compendiata da GIORGIO COHN, nel *Manuale di diritto commerciale* dell'ENDEMANN, vol. III, pag. 1093. Oltre il WENDT, vedi nota 1, deve aggiungersi il LENEL, negli *Annali* di IHERING, vol. XXXVI, pag. 113. Il Cod. civ. germ., §§ 783 sgg., tratta solo dell'assegno di danaro, carte-valori o di altre cose rappresentabili, che segue mediante la consegna di un documento.

(3) La teoria del doppio mandato fu per lungo tempo la dominante. Ad essa faceva omaggio tra gli altri il THÖL, *Diritto commerciale*, vol. I, § 325. Vedi contro di essa gli scrittori citati dal COHN, *loc. cit.*, pag. 1097. Contro la teoria del doppio mandato si pronunzia anche il Trib. Imp., vol. XI, pag. 138, come pure il WENDT, *loc. cit.*, pag. 71 sgg.; LENEL, *loc. cit.*, pag. 116 sgg.

(4) Se l'assegno costituisca sempre un particolare *mandatum solvendi* dell'assegnante all'assegnato, rimane dubbio: vedi in senso contrario il mio *Diritto prussiano*, vol. II, § 52; WENDT, *loc. cit.*, pag. 100, ma anche il COHN, *loc. cit.*, pag. 1098, nota 27. Però il *mandatum solvendi* costituisce per tal modo la regola, che si può qui prescindere da altri casi. Secondo il LENEL, *loc. cit.*, l'assegno è semplicemente una forma della procura.

Da tutto ciò risulta, che l'assegno ha la sua parte in negozi di varia specie. Laonde sono anche varie le conseguenze giuridiche, che ad esso si collegano:

a) Quali obbligazioni assume l'assegnante, di fronte all'assegnatario, nell'emettere l'assegno, riguardo alla riscossione del pagamento? Una garanzia gl'incombe soltanto, quando egli l'abbia assunta espressamente, o quando l'assunzione di essa debba supporsi, per essere negli usi commerciali. Così di regola, quando l'assegno sia rilasciato contro rimunerazione (5).

b) L'assegnatario è obbligato verso l'emittente alla pronta riscossione? Ciò s'intende da sè, quando egli sia mandatario d'incasso dell'emittente. Ma deve anche presumersi come intenzione del medesimo, se trattisi d'incasso di un credito dell'emittente contro l'assegnato (6-7).

c) L'assegnato è obbligato verso l'emittente ad onorare l'assegno? Ciò non è, persino quando egli sia suo debitore. Piuttosto tale obbligo presuppone, che l'assegnato avesse assunto di fronte all'emittente il mandato di pagamento, implicito nell'assegno (8).

d) L'assegnatario non ha, mercè l'assegno, alcuna azione contro l'assegnato (9).

---

(5) Un accordo regna sul punto, che il mancato onore all'assegno non dà fondamento senz'altro ad un regresso dell'accipiente contro l'assegnante: cfr. Trib. Imp. Comm., vol. XIII, pag. 313. Ma quando nel rilascio dell'assegno si contiene nel tempo stesso la tacita assunzione di una garanzia per la riscossione, le opinioni si scindono: cfr. Cohn, *loc. cit.*, pag. 1106. Si tratta dell'apprezzamento di una consuetudine commerciale. Il Cod. civ. germ. non si dichiara sulla questione.

(6) Quando l'assegnante trae un assegno sul suo debitore, egli porge all'accipiente l'aspettativa, che non riscuoterà egli stesso il credito. È conforme alla cosa, e deve perciò riguardarsi come intenzione dei contraenti, che d'altra parte l'assegnatario proceda prontamente al tentativo della riscossione. Sull'obbligo della denunzia dell'assegnatario vedi Cod. civ germ., § 789. [« Se l'assegnato, prima che giunga il termine della prestazione, rifiuta di accettare l'assegno o di eseguire la prestazione, l'assegnatario deve senza indugio darne avviso all'assegnante. Lo stesso vale quando l'assegnatario non possa o non voglia far valere l'assegno »].

(7) Se l'assegno vien consegnato allo scopo dell'estinzione di un debito — a scopo di pagamento —, l'assegnatario, e su di ciò si è concordi, può ancora far valere il suo credito, quando, malgrado di una richiesta fatta in tempo debito, non potè ottenere dall'assegnato alcun pagamento. Il far valere dunque il credito di fronte al debitore, nel caso di una accettazione di un assegno a scopo di pagamento, è condizionato al mancato onore all'assegno da parte dell'assegnato.

(8) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 787, capov. 2°: « All'accettazione dell'assegno od alla prestazione all'assegnatario non è obbligato l'assegnato di fronte all'assegnante, sol per essere debitore dell'assegnante ».

(9) In particolare l'assegnatario non può agire contro l'assegnato, neanche quando l'assegnante vantava un credito contro l'assegnato. Perchè egli possa richiedere in giudizio il credito dell'assegnante contro l'assegnato, deve essergli stato ceduto.

Non l'ha nemmeno, se questi era obbligato di fronte all'emittente ad onorare l'assegno.

Ma l'assegnato può promettere all'assegnatario il pagamento, mediante la cosiddetta accettazione dell'assegno. Egli è allora vincolato in ragione della sua promessa contenuta nell'accettazione (10-11).

e) L'assegnato ha il regresso contro l'assegnante, se egli uniformandosi al mandato di lui ha onorato l'assegno. Non lo ha, se gli pervenne antecedentemente una revoca (12-13-14).

---

(10) L'accettazione può seguire in vario senso: *a)* l'assegnato si obbliga incondizionatamente a pagare la somma di cui si tratta. Egli è allora obbligato di fronte all'accipiente, senza che possa di fronte a lui trarre alcuna eccezione dal suo rapporto coll'assegnante; ovvero *b)* l'assegnato promette all'assegnatario solo quanto egli stesso deve all'assegnante. Allora naturalmente, malgrado di tale accettazione, egli potrà opporre all'accipiente tutte le eccezioni, che ha ed acquista di fronte all'assegnante. Il Cod civ. germ , § 784, capov. 1°, tratta solo la prima specie, disponendo: « Se l'assegnato accetta l'assegno, egli è obbligato di fronte all'accipiente alla prestazione; egli può opporre a lui solo quelle eccezioni, che riguardano la validità dell'accettazione, o risultano dal contenuto dell'assegno o dal contenuto dell'accettazione, ovvero competono all'assegnato direttamente contro l'assegnatario ». Secondo il capov. 2° l'accettazione segue mediante un'annotazione scritta sull'assegno. Il § 785 dispone: « L'assegnato è obbligato alla prestazione solo contro consegna dell'assegno ». § 786: « La pretesa dell'assegnatario contro l'assegnato derivante dall'accettazione si prescrive in tre anni ».

(11) I Romani stabilirono la regola « qui delegat solvit », cioè se N. debitore di A., consegnava a questi in luogo di pagamento un assegno su X., e se X. in adempimento di tale delegazione prometteva ad A., il credito di A. contro N. si considerava come estinto, fr. 187, D , *de verborum significatione*, 50, 16; fr. 18, D., *de fideiussoribus*, 46, 1; fr. 26, § 2, D., *mandati*, 17, 1; Salpius, *Novazione e delegazione*, § 76; Lenel, *loc. cit.*, pag. 127; Pernice, *Parerga*, VIII, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, vol. XIX, pag. 117, nota 6; in senso contrario il Windscheid, vol. II § 412, nota 17. [fr. 187 cit.: « Verbum 'exactae « pecuniae' non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delega- « tionem ». fr. 18 cit.: « Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelle- « gitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, « quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest ». fr. 26 cit.: « Abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit cre- « ditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit « debitorem delegatum »]. I Romani erano contrari al concorso di due crediti diretti al medesimo scopo. Perciò si sviluppò questa regola. Secondo il diritto comune vale all'incontro il principio: « Assegno non è pagamento ». Così pure il Cod. civ. germ., § 788. Perciò l'assegnatario dopo l'accettazione ha due crediti: uno incondizionato contro l'accettante, ed uno eventuale — condizionato alla mancata riscossione del credito contro l'accettante, nonostante i mezzi regolarmente adoperati per la riscossione — contro il suo originario debitore. Cfr. però Leonhard, *L'impugnabilità dei contratti riguardo al patrimonio di un terzo* [Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten], pag. 42; Wendt, *loc. cit.*, pag. 234.

(12) Cod. civ. germ., § 790. [« L'assegnante può revocare l'assegno di fronte all'assegnato, finchè questi non lo abbia accettato di fronte all'assegnatario, o non abbia effettuato la prestazione. Ciò vale anche allora, quando l'assegnante, con la

§ 120. — **Il contratto estimatorio** (1).

Per mezzo di negozi di assai diversa specie, noi impieghiamo altre persone alla vendita delle nostre merci. Se queste si assumono la vendita senza rimunerazione, allora si ha un mandato; se ciò accade contro rimunerazione, un contratto di locazione; se la vendita è trattata come

---

revoca, contravviene ad un obbligo che gl'incombe verso l'assegnatario »]. È dubbio. se l'assegnato, al quale viene presentato un assegno, che scade solo in avvenire, per es. dopo sei mesi, sia autorizzato di fronte all'assegnante ad accettarlo subito incondizionatamente, se egli cioè, nel caso che l'assegnante revochi ancora l'assegno, abbia tuttavia un regresso contro di lui, per essersi incondizionatamente obbligato di fronte all'assegnatario al pagamento, mediante la sua accettazione. È chiaro, che nell'anticipata accettazione si ha un eccesso del mandato conferito, che perciò nel caso della revoca l'assegnato non abbia il diritto del regresso, salvochè, come di certo frequentemente deve ritenersi, sia uso nella relativa sfera commerciale, che siffatti assegni possano essere obbligatoriamente accettati anche prima della scadenza, per modo che ciò debba riguardarsi come corrispondente al mandato dell'assegnante, all'atto del conferimento. Trib. Imp. Comm., vol. I, pag. 69.

(13) Sulla questione, chi sopporti il danno, nel caso che venga riscosso uno « chèque » falsificato, se l'emittente dello *chèque* o la Banca che presta il pagamento, cfr. Unger, *L'agire a rischio altrui* [Handeln auf fremde Gefahr], negli *Annali* di Ihering, vol. XXIII, pag. 353.

(14) Il Cod. civ. germ., § 791 dispone: « L'assegno non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità di una delle parti. Sulla trasmissione dell'assegno per parte dell'assegnatario, vedi Wendt, *loc. cit.*, pag. 122; Cod. civ. germ., § 792 [« L'assegnatario, mediante contratto con un terzo, può trasmettere a costui l'assegno, anche se non sia stato ancora accettato. La dichiarazione della trasmissione ha bisogno della forma scritta. Per la trasmissione si richiede la consegna dell'assegno al terzo. — L'assegnante può escludere la trasmissione. L'esclusione è efficace di fronte all'assegnato, solo quando essa possa desumersi dall'assegno, ovvero sia stata partecipata dall'assegnante all'assegnato, prima che questi abbia accettato l'assegno, od effettuato la prestazione. — Se l'assegnato accetta di fronte all'acquirente l'assegno, egli non può trarre eccezioni dal rapporto giuridico sussistente tra lui e l'assegnatario. Nel rimanente trovano corrispondente applicazione alla trasmissione dell'assegno le norme che valgono per la cessione di un credito »].

(1) Tit. Dig. *de aestimatoria*, 19, 3; Chambon, *Contributi al diritto delle obbligazioni* [Beiträge zum Obligationenrecht], n. 1; Brinz, *Fogli critici*, n. 1; Lipp, *Contributo alla teoria del contratto estimatorio* [Beitrag zur Lehre vom Trödelvertrag], 1880; Friedrichs, *Contratto estimatorio* [Trödelvertrag], Dissertazione inaugurale Univ. di Breslavia 1890; Liebert, *Contributi alla teoria del contractus aestimatorius* [Beiträge zur Lehre vom c. a.], Diss. Inaug. Univ. di Berlino 1890; Coviello, *Del Contratto estimatorio*, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XV, pag. 362, vol. XVI, pag. 3. Il Cod. civ. germ. non fa menzione del contratto estimatorio; i relativi negozi devono giudicarsi secondo la convenzione delle parti, ed in seconda linea secondo la consuetudine; per ultimo secondo i principii generali del diritto delle obbligazioni.

un affare comune, si ha una società (2). Un contratto speciale allo scopo dell'esercizio della vendita è il contratto estimatorio (3).

Nel contratto estimatorio si dà una cosa ad un rivenditore, perchè la venda ad un prezzo fisso, col patto ch'egli restituisca la cosa ovvero la somma stabilita (4). Al rivenditore rimane quant'egli ricava in più della stessa somma; laonde egli è cointeressato nella vendita (5). Accanto a ciò può essergli concesso un compenso fisso (6).

Il rivenditore non diviene proprietario della cosa: egli la riceve solo per venderla (7); ma è autorizzato a trasmettere la proprietà di essa, od anche a ritenerla per sè, corrispondendo la somma stabilita.

Egli è responsabile per la colpa. Risponde anche del caso fortuito soltanto, quando abbia sollecitato la vendita nel proprio interesse (8).

---

(2) Cfr. fr. 1, pr. D. *h. t.*, 19, 3 [rip, al § 7, nota 15].

(3) Per il contratto estimatorio il pretore stabilì una particolare azione, l'*actio de aestimato*, la quale servì di modello per le *actiones praescriptis verbis* derivanti dagli altri contratti innominati. Cfr. più sopra, § 7, nota 15. A ciò miravano i concetti svolti da ULPIANO, nel fr. 1, pr. D. *h. t.*, dalle parole « quotiens » in poi, le quali a dir vero, come noi le leggiamo, sono state malamente ridotte dai compilatori. Cfr. LENEL, *Edictum*, pag. 239, e gli scrittori ivi citati alla nota 2.

(4) I Romani trattavano il contratto estimatorio come contratto innominato, che diveniva fornito di azione solo per effetto della tradizione. Nel diritto odierno tale contratto è già fornito di azione. Non è essenziale pel contratto estimatorio, che chi consegna la cosa ne sia proprietario. Ma poichè egli è tale di regola, può — *a fortiori* — come nel testo, designarsi come il proprietario.

(5) Il rivenditore non è obbligato di darsi premura per la vendita, se ciò non sia stato particolarmente convenuto; egli è bastevolmente spronato dall'aspettativa del futuro guadagno. D'altra opinione è tra gli altri il WINDSCHEID, vol. II, § 383.

(6) Fr. 2, D. *h. t.*, 19, 3. [« Haec actio utilis est et si merces intervenit »].

(7) In favore dell'opinione, che il rivenditore non diviene proprietario, sta il fatto, che la cosa gli vien data solo « vendenda ». Vedi anche fr. 5, § 18, D., *de tributoria*, 14, 4. [« Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videa« mus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si quidem in creditum ei abiit, « tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias « desinent esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato « vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse »]. Nondimeno la questione del passaggio di proprietà non è incontroversa.

(8) Assai controverso è il rischio. Sembra che lo addossi al rivenditore ULPIANO, libro 32, *ad edictum*, fr. 1, § 1, *h. t.* « Aestimatio autem periculum facit eius « qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestima« tionem de qua convenit ». Eppure Ulpiano, nella medesima opera, libro 28 *ad edictum*, fr. 17, § 1, D., *de praescriptis verbis*, 19, 5, scrive: « Si margarita « tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde « haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et « Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: « si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te

Se fu stabilito un termine per la vendita, il proprietario può agire dopo il decorso di esso, o altrimenti dopo un congruo termine, però anche non appena il rivenditore abbia venduto.

L'azione è diretta alternativamente alla restituzione della cosa ovvero alla prestazione della somma fissata, se il rivenditore non abbia venduto, e non abbia nemmeno dichiarato di ritenere per sè la cosa. Se invece ciò avvenne, devesi soltanto agire pel pagamento della somma (9-10).

« hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes ». Con l'ultima decisione concorda Paolo, *Sent.*, II, 4, § 4 [« Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pre- « tium ad me deferres, eaque perierit: si quidem ego te rogavi, meo periculo « perit: si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit »]. Ed anche analogo è il fr. 11, pr. D., *de rebus creditis*, 12, 1 di Ulpiano. [« Rogasti me, ut tibi « pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, « ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam « factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam ven- « deres, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio « verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam « nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem « vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit « vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi »]. Come debbano conciliarsi tali decisioni contraddittorie, rimarrà eternamente dubbio. La mia opinione si è, che Ulpiano, nel fr. 1, § 1, D. *h. t.*, enuncia il principio generale, pel caso della consegna di una cosa sotto una stima, che il rischio della cosa stimata passi all'accipiente. Nel fatto di regola esso è esatto: cfr. anche fr. 5, § 3, D., *commodati*, 13, 6. [« Commodatum autem plerumque solam uti- « litatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia « existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata « data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praesta- « turum recepit »]. Solo esso non si adatta al contratto estimatorio, data la particolarità del rapporto, poichè il rivenditore impiega precipuamente la sua attività pel proprietario, ed agisce per questo. Ciò può essere stato osservato da Ulpiano stesso nel corso della sua disamina; ma il resto della sua esposizione venne incautamente cancellato dai compilatori, i quali in generale mutilarono assai la esposizione di Ulpiano, in questo punto. In ogni caso tale conciliazione è esatta nel senso della compilazione giustinianea. — Di un « *rogare* » da parte del rivenditore si potrà far parola solo allora, quando egli avesse occasionato il negozio nel suo proprio interesse. Diversamente il Glum, *Il rischio nel contratto estimatorio* [Die Gefahr beim Trödelvertrage], Dissertazione inaugurale Univ. di Berlino, 1893.

(9) Questi principii non si possono appoggiare con le fonti.

(10) Come specie particolare del contratto estimatorio si presenta « l'affare a condizione del commercio librario » nel quale l'editore consegna al libraio degli articoli di edizione, perchè li venda, con l'obbligo di restituirli in regola, ovvero di pagarli al prezzo fissato in un determinato tempo, per es. nel giorno di Pasqua. Tale negozio contiene i tratti caratteristici del contratto estimatorio, cioè anzitutto la consegna di una *res vendenda*, ed in secondo luogo l'obbligo di restituire la merce ovvero una somma determinata. Che oltracciò l'affare a condizione abbia anche le sue speciali caratteristiche d'uso, è indubitato. Cfr. segnatamente Buhl, *L'affare a*

c) La *negotiorum gestio* (1).

§ 121. — Sulla *negotiorum gestio* in generale.

La cura degli affari altrui, senza mandato, dà origine ad obbligazioni reciproche tra il *gestor* ed il *dominus negotii*, le quali propriamente non riposano su contratto, ma secondo il loro contenuto sono tanto simili alle obbligazioni derivanti dal mandato, che possono opportunamente mettersi accanto ad esse.

L' editto pretorio, al quale queste pretese devono l'esser fornite di azione, suonava nella forma più generale: *si quis negotia alterius gesserit, iudicium eo nomine dabo* (2).

A questa formula corrispondeva anche la *demonstratio*, dell'*actio negotiorum directa* del *dominus negotii* contro il gestore, e dell'*actio contraria* del gestore contro del primo. Ma l'*intentio* di queste azioni faceva dipendere la condanna dal fatto, che qualche cosa doveva

---

condizione [Das Konditionsgeschäft], nella *Rivista* del GOLDSCHMIDT, vol. V, pag. 142. Il WEIDLING, *L'affare a condizione* [Das Konditionsgeschäft], 1885, considera tale negozio come un « negozio di compravendita sottoposto a condizione sospensiva ». Cfr. anche FRIEDRICHS, *loc. cit.*

(1) Tit. Dig. *de negotiis gestis* 3, 5; Cod. 2, 18. WICHTER, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XX, n. 11; CHAMBON, *La negotiorum gestio*, 1848. Il RUHSTRAT scrisse dei saggi sulla *negotiorum gestio* nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. XXXII, n. 7 (1849), vol. XXXIII, n. 2 e 9. vol. XXXIV, n. 3, vol. LXIV, n. 2, inoltre un libro nel 1858 ed una monografia negli *Annali* di IHERING, vol. XIX. n. 6, come pure nel vol. XXVII, n. 2; DANKWARDT, *La* negotiorum gestio, 1855; KÖLLNER, *Le linee fondamentali dell'*actio negotiorum gestorum [Die Grundzüge der a n. g.], 1856; AARONS, *Contributi alla teoria della* negotiorum gestio [Beiträge zur Lehre von der n. g.], Parte prima, *Dissertazione storico-dogmatica* [Dogmengeschtliche Erörterung], 1860; C. ZIMMERMANN, Negotiorum gestio *pura ed impura* [Echte und unechte n. g.], 1872; e *La teoria della* n. g. *rappresentativa* [Die Lehre von der stellvertretenden n. g.], 1876; MONROY, *L'esercizio senza mandato di diritti patrimoniali altrui* [Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte], 1878; STURM, *Il negozio* utiliter gestum. 1878; WLASSAK, *Per la storia della* negotiorum gestio [Zur Geschichte der n. g.], 1879; KOHLER, *Soccorso di uomini* [Menschenhülfe], negli *Annali* di IHERING, vol. XXV, pag. 42; THON, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. LXXX, pag. 77 sgg.

(2) Fr. 3 pr. D. *h. t.*, 3, 5. [« Ait praetor: ' Si quis negotia alterius, sive « quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo « nomine dabo ' »]. La posizione nell' editto mostra che originariamente si pensava alla rappresentanza nel giudizio: WLASSACK, *loc. cit.*, pag. 42. Si trovano ancora le parole dell'editto: « sive quis negotia, quae cuiusque cum quis moritur « fuerint, gesserit ». Esse sono state evidentemente intercalate dai pretori solo in seguito nell'editto; DERNBURG, nella *Pubblicazione festiva per* HEFFTER, p. 115. Cfr. WLASSACK, *loc. cit.*, pag. 33.

prestarsi « *ex fide bona* » sul fondamento di tale gestione di negozio. Con ciò il giudice veniva autorizzato ed obbligato alla corrispondente determinazione della fattispecie.

Originariamente l'editto, come risulta dai suoi termini generali, comprendeva in sè anche i casi, nei quali un mandatario, un tutore o un protutore avesse gerito negozi altrui (3). Ma però questi casi vennero di buon'ora distinti, stabilendosi per essi delle speciali azioni (4-5).

Alla *negotiorum gestio* rimase perciò solo la gestione di negozi senza mandato. E propriamente esistono due categorie di essa:

a) L'una è la cura dei negozi altrui per conto altrui. La si è detta *negotiorum gestio* « rappresentativa » od anche « pura ».

b) Ma in certi casi si accordavano *actiones negotiorum gestorum*, malgrado che l'agente avesse intrapreso i negozi per sè, non già per il padrone di essi (6). In tali casi si parla di *negotiorum gestio* « impura » (7).

§ 122. — Gestione di negozi altrui per conto altrui.

Il caso principale della *negotiorum gestio* è quella intrapresa per conto della persona interessata.

Essa può derivare dalla sollecitudine per altri, particolarmente per assenti, o per altre persone impedite nella cura dei propri affari (1).

---

(3) Se al tempo della prima redazione dell' editto fosse già esistita per la *negotiorum gestorum* un'*actio mandati* o *tutelae*, essa non sarebbe stata a nostro avviso concepita nel modo come noi la leggiamo, ma piuttosto si sarebbe dovuto anche rilevare il momento categorico in cui contenevasi qualcosa di nuovo, e cioè appunto il trattarsi di una gestione di negozi « senza mandato ». Ciò ha bene svolto il WLASSACK, *loc. cit.*, pag. 24. D' altra opinione il BRINZ, vol. II, pag. 633, il RUHSTRAT, negli *Annali di* IHERING, vol. XXVII, pag. 95, il KARLOWA, *Storia del diritto romano,* vol. II, pag. 672, nota 1.

(4) L' *actio mandati* venne stabilita poco prima di Cicerone, talchè restava ancora il ricordo della « introduzione » di essa: *Cicero pro Roscio Amerino*, cap. 38, § 111.

(5) Cfr. più giù § 122, nota 7.

(6) Molti sostengono, che « nel senso » dell' editto si contenga la limitazione alla *negotiorum gestio* rappresentativa, od almeno « sciente »: BRINZ, vol. II, pagg. 634, 640; WLASSACK, *loc. cit.*, pag. 26. Ma donde possiamo noi ricavare il senso dell'editto se non dalle sue parole? Queste però punto accennano a tale limitazione. L'espressione « senza mandato » deve intendersi: « Senza mandato della persona interessata, o del giudice, o direttamente della legge ».

(7) L'espressione « *negotiorum gestio* rappresentativa » è usata dal BRINZ, nel significato di cui qui si fa parola: vol. II, pag. 632. Lo ZIMMERMANN parla di *negotiorum gestio* pura ed impura, il MONROY, *loc. cit.*, di una « custodia priva di mandato d'interessi patrimoniali altrui » o di « esercizio senza mandato di diritti patrimoniali altrui ».

(1) A questo caso, nel quale la *negotiorum gestorum* costituisce il più stringente bisogno, han riguardo anzitutto i giuristi romani: fr. 1, D. *h. t.*, 3, 5.

Tale intenzione non è però indispensabile. Non di rado la considerazione del proprio vantaggio occasiona la tutela dell'altrui, come, per es., quando si venda per proprio e per altrui conto una cosa comune, a fine di ottenerne un maggior profitto. Spesso si agisce in conseguenza di pubblica coazione, quando si geriscono negozi altrui per conto altrui (2-3).

Ulpianus, libro 10, *ad edictum* : « Hoc edictum necessarium est, quoniam magna « utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem « patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel « iniuria rem suam amittant ». Cfr. fr. 2, *eod.* [« Si quis absentis negotia ges- « serit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam « ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem : itaque « eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. et « sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine con- « demnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet : ita « ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel « abest ei vel afuturum est »].

(2) Fr. 3, § 10, D. *h. t.*, 3, 5. Ulpianus, libro 10, *ad edictum*: « Hac actione « tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se « negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urguente vel « necessitatis suspicione gessit ». Il Wlassack, *loc. cit.*, pag. 140, ammette, che Ulpiano abbia qui posto a base il concetto più ampio della *negotiorum gestio*, secondo il quale essa abbracciava anche l' azione di mandato. È difficile che ciò sia esatto, poichè nell'epoca classica il mandato e la *negotiorum gestio* erano già da lungo tempo separati : cfr. più sotto nota 6 : Ulpiano ha in mente piuttosto quei casi, in cui il gestore è altrimenti vincolato alla gestione di negozi. Ciò risulta dall'esempio subito addotto nel § 11 *eod. fragm.*, secondo il quale il gestore ha agito in conseguenza di un mandato conferito da un terzo. [§ 11 cit.: « Apud « Marcellum libro secundo digestorum quaeritur, si, cum proposuissem negotia « Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utraque actione uti possim ? et « ego puto utramque locum habere. quemadmodum ipse Marcellus scribit, si « fideiussorem accepero negotia gesturus : nam et hic dicit adversus utrumque « esse actionem »].

(3) Per es. alcuno viene costretto dall'autorità, nell'interesse pubblico, ad un atto, perchè *prima facie* sembra esservi obligato, come, ad esempio, allo sgombero di un fossato, ed egli esegue la cosa impostagli « sul conto di colui al quale essa incombe ». Cfr. fr. un. *de via publica*, 43, 10. [§ 3 *h. fragm.* riportato al § 111 nota 18]. — Le pubbliche corporazioni dei poveri hanno un' *actio negotiorum gestorum* contro i poveri da esse soccorsi, che pervengano ad avere un patrimonio, come pure contro i loro congiunti obbligati agli alimenti ? Ciò nega il Trib. Imp., vol. XIV, pag. 197, ed il Kohler, *loc. cit.*, pag. 107, perchè la corporazione prestò il soccorso, costretta dal suo pubblico dovere ; ma ciò sta a parer nostro in contraddizione col fr. 3, § 10, D. *h. t.*, sopra riportato alla nota 2. Quella pubblica obbligazione non distrugge il fatto, che la corporazione prestò il soccorso al povero nell' interesse di questi. Cfr. anche la Legge sul domicilio di soccorso del 6 giugno 1870, § 62. [« Ogni corporazione di beneficenza, che secondo le norme di questa legge ha soccorso una persona bisognosa, è autorizzata a domandare dall'obbligato il risarcimento di quelle prestazioni, alle quali un terzo è tenuto per titoli diversi da quelli posti in essere da questa legge, nella stessa misura e sotto i medesimi presupposti, in quanto alla persona soccorsa compete un diritto a quelle prestazioni. — L'eccezione, che la corporazione che ha prestato

L'essenziale sta solo in ciò, che s'intraprendano dei negozi riguardanti altre persone per conto di queste, senza esservi obbligati di fronte ad esse.

1. Presupposti di tale gestione di negozi sono:

a) La cura di negozi altrui. Tali sono anzitutto quelli appartenenti immediatamente all'altrui sfera patrimoniale, p. es. la riparazione di una casa di un altro (4). Ma anche quei negozi, che in sè sono « neutrali », cioè non hanno un necessario rapporto ad un patrimonio determinato, possono essere rivolti a vantaggio altrui per opera della volontà del gestore, per es. l'incetta di merci per favorire l'industria di un terzo (5).

b) La gestione di negozi dev'essere compiuta senza mandato, cioè non deve avere la sua causa occasionale in una obbligazione di fronte al *dominus negotii* (6), e non deve fondarsi quindi nè su di un

---

il soccorso sia autorizzata a domandare il risarcimento da un'altra corporazione di beneficenza, non può essere ad essa opposta »]. Vedi però riguardo al diritto del Cod. civ. germ., DERNBURG, *Diritto civile*, vol. II, Parte II, § 299, nota 12.

(4) Fr. 5, § 13, D. *h. t.*, 3, 5 «... *alterius re ipsa gestum negotium* ». [« Quid « ergo, inquit Pedius, si, cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam « tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? sed non fore ait, cum « hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit, « nec possit, quod alii adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri »].

(5) Siffatti negozi divengono definitivamente altrui mediante la *ratihabitio* di colui pel quale si è agito, o mediante il suo obbligo a ratificare. Perciò è detto nel fr. 5, § 11, D. *h. t.*, 3, 5 ..... « ratihabitio constituet tuum negotium, quod « ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum ». [fr. 5 § 11 cit.: « Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra « iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea « cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis con- « venire. et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum « debitor tuus non fuerit. sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut « ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi « debebit post ratihabitionem adversus me competere actio. sic ratihabitio con- « stituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione « gestum ».] Cfr. del resto WLASSACK, *loc. cit.*, pag. 74.

(6) Fr. 6, § 1, D. *mandati*, 17, 1. ULPIANUS, libro 31 *ad edictum*: « Si cui « fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec « recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus quod « negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit: denique tenetur et « si non gessisset ». § 1, *de obl. quasi ex contractu*, 3, 27; c. 20 Cod. *h. t.*, 2, 18; Cod. civ. germ., § 677. [§ 1 cit.: « Igitur cum quis absentis negotia « gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur nego- « tiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa « competit actio, negotiorum autem gestori contraria. quas ex nullo contractu « proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine man- « datu quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii quorum « negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. idque utilitatis causa receptum « est, ne absentium, qui subita festinatione coacti nulli demandata negotiorum

mandato di lui, nè su di una tutela (7-8). Che il gestore sia obbligato verso di terzi, a compiere l'atto di cui trattasi, non viene punto in considerazione (9).

« suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia: quae sane « nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset « actionem. sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum « negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem « reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere ratio- « nem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, « si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia ». c. 20 cit.: « Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum « sponte gerit, quippe superioribus quidem muneris necessitas administrationis « finem, huic autem propria voluntas facit ac satis abunde sufficit, si cui vel in « paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec « tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non tantum dolum « et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest « et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De « ceteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, « qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, « exigi non potest: et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere « tuas petitiones debes ». § 677 cit.: « Chi amministra un negozio per altri, senza esservi stato da lui incaricato, o senza esservi autorizzato di fronte a lui, deve condurre il negozio, come richiede l'interesse della persona interessata, con riguardo alla sua reale o presunta volontà »]. In niun modo però chi agisce con l'*actio negotiorum gestorum* deve dare la prova negativa, che abbia agito senza mandato. Cfr. vol. I, § 159. Si deve perciò agire primieramente con l'*actio mandati*, derivante dal mandato, ed eventualmente, nel caso che questo non si riuscisse a dimostrare, con l'*actio negotiorum gestorum*. Ruhstrat, negli *Annali* di Ihering, vol. XXVII, pag. 95.

(7) Secondo il diritto romano ciò valeva solo per la tutela: per la cura non si adoperava l'*actio negotiorum gestorum*. Pure, almeno nella posteriore epoca classica, sembra che siasi marcato nella *demonstratio* dell' azione, il fatto della cura, e che quindi siasi di regola adoperata un' *actio utilis*. Cfr. i testi citati nel Brinz, vol. II, pag. 634, nota 7.

(8) Negli atti di un condomino per conto suo e degli altri, deve distinguersi, se trattisi di negozi, che necessariamente devono eseguirsi in comune, od almeno opportunamente in una buona amministrazione, ed allora chi gerisce ha l'*actio dividundo*: ovvero tale non è il caso, ed allora deve farsi uso dell'*actio negotiorum gestorum*: fr. 6, § 2, D., *communi dividundo*, 10, 3. Ulpianus, libro 19, *ad edictum*: « Sive autem locando fundum communem sive colendo de fundo « communi quid socius consecutus sit, communi dividundo iudicio tenebitur, et si « quidem communi nomine id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum « oportet, si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, « ut damnum ad ipsum respiciat. hoc autem ideo praestat communi dividundo « iudicio, quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. ceterum non « alias communi dividundo iudicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id « demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin « si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur ». Cfr. Brinckmann, *Rapporto dell'*actio communi dividundo *con l'*actio negotiorum gestorum [Verhältniss der a. c. d. und der a. n. g.], 1855; Windscheid, vol. II, § 431, nota 13.

(9) Cfr. sopra, nota 3.

Laonde chi gerisce i negozi di A, in conseguenza di un mandato di B nell'interesse di costui, ha, insieme, contro di B l'*actio mandati*, e contro di A l'*actio negotiorum gestorum* (10).

c) La gestione di negozi dev'essere intrapresa per conto dell'interessato.

La conoscenza del medesimo non è essenziale, e quindi l'errore sulla persona di lui non è dannoso (11), ma, fosse pure scusabile, non dà alcun diritto contro il presunto interessato (12).

---

(10) Fr. 3, § 11; fr. 4; fr. 5, § 6, D. *h. t.*, 3, 5; c. 14 Cod. *eod.*, 2, 18. [fr. 3, § 11 cit., riportato più sopra alla nota 2; fr. 4 cit.: « Sed videamus, an « fideiussor hic habere aliquam actionem possit: et verum est negotiorum gesto- « rum eum agere posse, nisi donandi animo fideiussit ». fr. 5, § 6 cit.: « Si « quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum « gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur. « quod si et suum et meum quasi meum gesserit, in meum tenebitur: nam « et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat com- « mune, dicendum esse Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum « eum tibi teneri ». c. 14 cit.: « Si mandatum solius mariti secutus tam ipsius « quam uxoris eius negotia gessisti, tam tibi quam mulieri invicem negotiorum « gestorum competit actio. ipsi sane qui mandavit adversus te mandati actio est: « sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti »]. Veramente può darsi, che il mandatario voglia evidentemente aver da fare solo col mandante: fr. 53, D. *mandati*, 17, 1. [« Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non « recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel igno- « rante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui « mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideius- « soris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas »]. Cfr. del resto Thibaut, *Monografie*, n. 20, e Windscheid, vol. II, § 431, nota 3 sgg.

(11) Fr. 5, § 1, D. *h. t.*, 3, 5. Ulpianus, libro 10, *ad edictum*: « Sed et si, « cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius « mihi actione negotiorum gestorom tenetur »; fr. 5, § 10, fr. 25, D., *eod.* [fr. 5, § 10 cit.: « Si Titii servum putans qui erat Sempronii, dedero pecuniam ne occi- « deretur, ut Pomponius ait, habebo negotiorum gestorum adversus Sempronium « actionem ». fr. 25 cit.: « Cum alicui civitati per fideicommissum restitui iussa « esset hereditas, magistratus actores horum bonorum Titium et Seium et Gaium « idoneos creaverunt: postmodum hi actores inter se diviserunt administrationem « bonorum idque egerunt sine auctoritate et sine consensu magistratuum. post « aliquod tempus testamentum, per quod restitui civitati hereditas fideicommissa « esset, irritum probatum est pro tribunali atque ita ab intestato Sempronius legi- « timus heres defuncti extitit: sed ex his actoribus unus non solvendo decessit « et nemo heres eius extitit. quaero, si Sempronius conveniet actores horum « bonorum, periculum inopis defuncti ad quos pertinet? Herennius Modestinus « respondit, quod ab uno ex actoribus ob ea quae solus gessit negotiorum gestorum « actione servari non potest, ad damnum eius cui legitima hereditas quaesita est « pertinere »]. Brinz, vol. II, pag. 644, nota 42. Se più persone sono interessate al medesimo negozio, sorge pur sempre un' *actio negotiorum gestorum* solo tra il gestore e colui, pel quale egli pensava di agire: fr. 60, § 1, D., *mandati*, 17, 1. [« Ad eum qui uxorem ducturus erat litteras fecit tales: ' Titius Seio salutem.

2. La gestione di negozi ora vincola, ora non vincola la persona interessata.

La vincola:

a) La gestione di negozi utilmente intrapresa — *negotium utiliter coeptum.*

Molti scrittori designano come utilmente intrapresi solo i negozi necessari, pei quali intendono quelli destinati alla conservazione del patrimonio dell'interessato (13). Bisogna riconoscere che tali negozi sono precipuamente utili (14). Ma però non sono punto sempre tali, e specialmente allora, quando la persona interessata non voleva, che si fosse posta in ordine quella parte del suo patrimonio, di cui trattasi, come impari alle spese di conservazione (15). D'altra parte devono

---

« Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti: ideoque cum ex voto meo « nuptura tibi sit, velim certus sis secundum dignitatem tuam contrahere te « matrimonium. et quamvis idonee repromissuram tibi Titiam matrem puellae « dotem sciam, tamen et ipse quo magis conciliem animum tuum domui meae, « fidem meam interponere non dubito: quare scias, quodcumque ab ea ex hac « causa stipulatus fueris, id me mea fide esse iussisse salvum te habiturum '. « atque ita Titia, quae neque Titio mandaverat neque ratum habuerat quod scrip« serat, dotem Seio promisit. quaero, si heres Titii ex causa mandati praestiterit, « an actione mandati heredem Titiae convenire potest. respondi secundum ea, « quae proponuntur, non posse. item quaesitum est, an nec negotiorum gestorum. « respondi nec hoc nomine iure agere posse: palam enim facere Titium non tam « Titiae nomine, quam quod consultum vellet, mandasse. item si maritus adversus « mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? respondi nihil proponi, « cur summovendus sit »].

(12) KOHLER, *loc. cit.*, pag. 52. Un'applicazione di ciò vien fatta dal Trib. Imp. Comm., vol. XXIV, pag. 126; concordemente il Cod. civ. germ., § 686. [« Se il gestore di negozi è in errore riguardo alla persona interessata, acquista i diritti e gli obblighi, derivanti dalla gestione, la persona realmente interessata »].

(13) Solo l'intrapresa di negozi necessari vien riguardata come « negotium utiliter coeptum » dal WAECHTER, nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. XX, n. 11; dal VANGEROW, vol. III, § 664, pag. 506, e recentemente dal BRINZ, vol. II, pag. 641, nota 33.

(14) Cfr. del resto sul concetto dei negozi necessari, vol. I, § 227, nota 6.

(15) Fr. 9, § 1, D. *h. t.*, 3, 5. ULPIANUS, libro 10, *ad edictum*: « Is autem « qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod « gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit « negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula « exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. « sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. quid « enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit, « vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum « Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem dere« linquere. sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum « gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter « negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias

considerarsi come utilmente intrapresi negozi non necessari, quando la loro intrapresa era corrispondente ai disegni ed ai desiderii dell'interessato. Si pensi per es. all'acquisto particolarmente vantaggioso di un fondo per conto di un assente, pel quale acquisto questi già da lungo tempo si fosse adoperato, al fine di un opportuno arrotondamento e di un rilevante miglioramento della sua possessione (16).

Utilmente intrapresa è dunque la gestione di negozi, quando il gestore poteva e doveva ritenere, che l'interessato l'avrebbe parimenti intrapresa se fosse stato in condizione di agire.

Secondo ciò, non è decisiva una regola rigorosa, ma la razionale ponderazione del caso: non un momento semplicemente obiettivo, ma di preferenza un momento subiettivo (17).

Secondo il codice civile è decisivo, che l'assunzione della gestione di negozi debba corrispondere all'interesse, ed alla reale o presunta volontà della persona interessata (18).

« adgreditur. iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel « servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc « faceret, licet eventus non sit secutus. ego quaero: quid si putavit se utiliter « facere, sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum « gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse « coeptum ».

(16) Il punto di vista subiettivo è sostenuto precipuamente dal Ruhstrat, *loc. cit.*; cfr. inoltre gli scrittori citati dal Windscheid, vol. II, § 430, nota 17. Assai precisamente formula l'idea romana Ulpiano, libro 32, *ad edictum*, fr. 13, § 22, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1. Ivi egli dà al venditore un'*actio ex vendito*, per le spese fatte sulla cosa venduta: « si in aegri servi curationem « impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat « etiam emptorem velle impendi ». Certo non si tratta qui di una vera e propria *negotiorum gestio*; ma il rapporto è ad essa affine, ed i principii devono essere i medesimi.

(17) Cod. civ. germ., § 683. [« Se l'assunzione di una gestione di negozi corrisponde all'interesse ed alla reale o presunta volontà della persona interessata, il gestore può domandare il risarcimento delle sue spese al pari di un mandatario. Nei casi del § 679 tale pretesa compete al gestore, anche se l'assunzione della gestione stia in contraddizione con la volontà della persona interessata ». § 679: riportato più oltre alla nota 22].

(18) Cfr. Ruhstrat, negli *Annali* di Ihering, vol. XXVII, pag. 70. Più d'uno scrittore suppone una reale volontà della persona interessata, « una comunione di volontà » col gestore, e cerca di spiegare da ciò e di giustificare le pretese derivanti dalla *negotiorum gestio*. Ma non si tratta di ciò. La persona interessata non voleva la gestione; infatti egli nulla conosceva della condizione delle cose e della stessa gestione; ma egli l'avrebbe voluta nella scienza dello stato di fatto. Le pretese derivanti dalla *negotiorum gestio* si fondano piuttosto sull'interesse della società civile, alla conservazione ed al benessere dei suoi membri, ed alla conservazione ed al possibile aumento dei suoi beni. Cfr. Windscheid, vol. II, § 430, nota 17, Kohler, *loc. cit.*, pag. 23.

Se questa aveva in generale, od almeno individualmente al gestore, proibito d'immischiarsi nei suoi affari, la gestione non la vincola giuridicamente, e neanche se ottenne buon esito (19-20).

Ma se la gestione consistette nel seppellimento di un cadavere, il gestore aveva in Roma una propria azione: l'*actio funeraria*. Questa veniva anche concessa, se egli avesse agito contro il divieto, in quanto avesse obbedito ad imperiosi riguardi di pietà (21).

---

(19) Fr. 7, § 3, D. *h. t.*, 3, 5; c. 24, Cod. *h. t.*, 2, 18; Cod. civ. germ., § 678. [fr. cit.: « Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohi-« buerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam « negotiorum gestorum actionem? movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum « actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit: sed et illud esse iniquum eum « qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuam pecuniam alteri ex « sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. et puto secundum « Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gesto-« rum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium « neque per ipsum aliquid damni sentiat ». c. 24 cit.: « Si quis nolente et spe-« cialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud « magnos auctores dubitabatur, si pro exspensis, quae circa res factae sunt, talis « negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam « pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus « fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas admi-« nistrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum « contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmi-« serit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid « enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas « et tunc dolosa adsimulatione habita eum proibuerit, ut neque anteriores expensas « praestet? quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta « est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, « ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super « anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum « concedimus sua natura currentem ». § 678 cit.: « Se la gestione del negozio sta in contraddizione con la reale o presunta volontà della persona interessata, ed il gestore doveva ciò riconoscere, egli è tenuto di fronte alla persona interessata al risarcimento del danno derivante dalla gestione, anche allora, quando non stia a carico di lui altra colpa »].

(20) Colui, al quale vien consegnata una cosa per la custodia o per suo uso — come usufruttuario, commodatario, conduttore —, o per garanzia — come creditore pignoratizio o rivenditore [cfr. §§ 497 sgg. Cod. civ. germ., riportati al § 95, nota 14] —, talchè possa in conformità del contratto pretendere solo il risarcimento delle spese necessarie, non può modificare la sua condizione giuridica, e pretendere, come gestore di negozi senza mandato, anche il rimborso delle spese utili.

(21) Fr. 14, § 13, D. *de religiosis*, 11, 7. [« Idem Labeo ait, si prohibente « herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim « si filium testatoris heres eius prohibuit? huic contradici potest: 'ergo pietatis « gratia funerasti'. sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: « de suo enim expedit mortuos funerari, et quid si testator quidem funus mihi « mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? nonne aequum est

Si deve generalizzare ciò, e ritenere la gestione dei negozi sempre obbligatoria ed utile per l'interessato, quando sia avvenuta per tali considerazioni di pietà, o sia pure in adempimento di un pubblico dovere, od in conseguenza di pubblica coazione (22). Su questo punto di vista trovasi il Codice civile germanico.

b) La posteriore ratifica rende giuridicamente obbligatoria una gestione non utilmente intrapresa, od anche proibita (23).

Le *actiones negotiorum* hanno un contenuto diverso, a seconda che trattisi di una gestione che vincoli l'interessato, oppur no.

3. Per ciò che riguarda l'*actio directa* del *dominus negotii*, valgono i seguenti principii:

a) Le sue pretese, quando egli debba riconoscere o riconosca

« mihi funerariam competere? et generaliter puto iudicem iustum non meram « negotiorum gestorum actionem imitari. sed solutius aequitatem sequi, cum hoc « ei et actionis natura indulget »]. Sull' *actio funeraria* cfr. Brinz, vol. II, pag. 655; H. Funcke, *L'*actio funeraria. Dissertazione inaugurale, nella Università di Halle, 1890.

(22) Fr. un., § 3, D. *de via publica*, 43, 10 [rip. al § 111, nota 18]; cfr. Windscheid, vol. II, § 430, nota 20, e gli scrittori ivi citati. Particolarmente qui spetta il caso della prestazione di alimenti dovuti per legge. Cod. civ. germ., § 679: « Una contraria volontà della persona interessata non viene in considerazione, quando senza la gestione non verrebbe in tempo debito adempiuto un dovere della persona interessata, il cui adempimento sta nel pubblico interesse, od un obbligo legale di alimenti, che incombe alla persona interessata ». Cfr. anche § 683, periodo 2° (riportato alla nota 17).

(23) L. Seuffert, *La* ratihabitio [Ratihabition], pag. 47, Cod. civ. germ., § 684, periodo 2°. [§ 684: « Quando non esistano i presupposti del § 683 (nota 17), la persona interessata deve restituire al gestore tutto ciò, che essa ha acquistato per effetto della gestione, secondo le prescrizioni riguardanti la restituzione di un arricchimento ingiustificato. Se la persona interessata ratifica la gestione, compete al gestore la pretesa determinata nel § 683 »]. La *ratihabitio* pone il gestore in una condizione analoga a quella del mandatario, ma non lo rende un mandatario: fr. 8, D. *h. t.*, 3, 5 « utique mandatum non est »; fr. 12, § 4, D. *de solutionibus*, 46, 3 « rati enim habitio mandato comparatur » [fr. 8 cit. rip. più oltre, nota 28; fr. 12 § 4 cit.: « Sed et si non vero procuratori solvam, « ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim « habitio mandato comparatur »]. Ma qual rapporto ha con ciò il fr. 60, D. de R. I., 50, 17: Ulpianus, libro 10, *disputationum*: « Semper qui non prohibet « pro se intervenire, mandare creditur. sed et si quis ratum habuerit quod gestum « est, obstringitur mandati actione »? È impossibile che la proposizione finale si riferisca al passato. Ciò che era *negotiorum gestio* rimane tale. Si deve considerare, che Ulpiano esamina qui il tacito conferimento di un mandato. Egli lo vede una volta nella sciente tolleranza dell' intervento, e non meno ritiene, che dà mandato per il futuro (così noi dobbiamo intendere il testo) colui, che ratifica per il passato una gestione di negozi tuttora in corso ed in origine senza mandato. Concordemente Schlossmann, negli *Annali di* Ihering, vol. XXXVI, pag. 323.

la gestione come giuridicamente obbligatoria, sono analoghe a quelle del mandante contro il mandatario.

Il gestore deve quindi rendergli il conto (24).

Egli è inoltre responsabile verso di lui per ogni colpa (25). Questa, secondo le circostanze può anche stare, nell' aver egli intrapreso una cosa singola e tralasciato alcunchè connesso con la stessa (26). Chi in caso di necessità provvide al bisogno, è tenuto solo pel dolo e per la colpa grave (27).

---

(24) § 1, I. *de obl. quasi ex contractu*, 3, 27, *verb.* « tenetur ut administra- « tionis rationem reddat ». Cod. civ. germ., § 681, periodo 2°. [§ 681: « Il gestore deve al più presto possibile denunziare l' assunzione della gestione alla persona interessata, e, quando non sia congiunto un pericolo all' indugio, attenderne la decisione. Nel rimanente trovano corrispondente applicazione alle obbligazioni del gestore le prescrizioni dei §§ 666 a 668, che valgono pel mandatario »].

(25) § 1, I. *de obl. quasi ex contractu*, 3, 27, fr. 10, D. *h. t.*, 3, 5 [§ 1 cit. riportato più sopra alla nota 6; fr. 10 cit. rip. al § 45, nota 12]. È inesatta l'opinione dello Sturm, pag. 58, « che il *negotiorum gestor* debba impiegare solo quella diligenza, che la persona interessata avrebbe presumibilmente adoperata ». È esatto solo, che egli non debba intraprendere negozi, che la persona interessata non suole esercitare: fr. 13, § 1, D. *de usuris*, 22, 1. [« Quaesitum « est, an iudicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras « praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam faeneravit. respondit, si eam « pecuniam positam habuisset idque ex consuetudine mandantis fecisset, non debere « quicquam usurarum nomine praestare »]. Per l'apprezzamento storico di questo passo, cfr. Petražycki, *Il reddito*, vol. II, pag. 186. Sulla gestione di negozi contro la volontà della persona interessata, cfr. Cod. civ. germ., § 678, sull'obbligo della denunzia del gestore, § 681, periodo 1°.

(26) Fr. 5, § 14, D. *h. t.*, 3, 5. [« Videamus in persona eius, qui negotia « administrat, si quaedam gessit quaedam non, contemplatione tamen eius alius « ad haec non accessit, et si vir diligens (quod ab eo exigimus) etiam ea gesturus « fuit: an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri et propter ea quae non « gessit? quod puto verius. certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc « ei imputabitur. quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores « non convenerit, quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui « nullam actionem intendere potuit: tamen a semet ipso cur non exegerit, ei « imputabitur: et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, « ut divus Pius Flavio Longino rescripsit: nisi forte, inquit, usuras ei remiserat: « fr. 6: quia tantumdem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum « in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio »].

(27) Fr. 3, § 9, D. *h. t.*, 3, 5. [« Interdum in negotiorum gestorum actione « Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea « distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem »]. Le spiegazioni date di questo frammento divergono di molto. Secondo il Windscheid, vol. II, § 430, nota 6, il gestore allora è tenuto semplicemente pel dolo, quando senza il suo intervento « tutto » si sarebbe perduto. Ma che cosa è codesto tutto? — Un caso interessante trovasi nell'*Archivio di* Seuffert, vol. XLVII, n. 269 (Corte d'appello di Amburgo). Il Cod. civ. germ. al § 680 dispone: « Se la gestione di negozi ha per iscopo

La ratifica della gestione in complesso non toglie all'interessato il diritto, di richiedere il risarcimento pei singoli mancamenti (28).

Il gestore deve infine versare all'interessato quanto egli riscosse in conseguenza della gestione (29);

b) L'interessato può respingere una gestione non utilmente intrapresa, od anche da lui non approvata. Allora egli può pretendere il ristabilimento del pristino stato di cose. Ma deve o del tutto riget-

---

l'allontanamento di un pericolo che minaccia la persona interessata, il gestore deve rispondere solo del dolo e della negligenza grave ». Semplicemente pel dolo e per la colpa grave risponde anche colui, che, come erede, deve compiere quanto è stato intrapreso dal defunto : c. 17, C. *h. t.*, 2, 18. [« Curatoris etiam successores negotiorum gestorum utili conventos actione tam dolum quam latam « culpam praestare debere nec ad eos officium administrationis transire ideoque « nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit »].

(28) Fr. 8, D. *h. t*, 3, 5 [« Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male « gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum « ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat : « nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita « verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola : immo puto et si com- « probem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. sed eo dictum te mihi non « teneri, quod reprobare non possim semel probatum : et quemadmodum quod uti- « liter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab « ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio : quid fiet, « si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si « vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique « mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum « actio »].

(29) Fr. 2, fr. 18, § 4, fr. 28, D. *h. t.*, 3, 5, Cod. civ. germ., § 681, periodo 2°. [fr. 2 cit. rip. più sopra alla nota 1; fr. 18, § 4 rip. al § 29, nota 7; fr. 28 cit.: « Cum pater testamento postumo tutorem dederit isque tutelam interim admini- « straverit nec postumus natus fuerit, cum eo non tutelae, sed negotiorum gestorum « erit agendum : quod si natus fuerit postumus, tutelae erit actio et in eam « utrumque tempus veniet, et quo, antequam nasceretur infans, gessit et quo, « postea quam natus sit ». § 681 cit. rip. più sopra nota 24]. Il gestore deve anche restituire gli « indebita » riscossi per la persona interessata : fr. 22, fr. 7, § 1, D. *h. t.*, 3, 5. Cfr. inoltre fr. 18, § 3, D. *h. t.*, 3, 5. [fr. 22 cit.: « Si quis « negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur : de eo autem, quod « indebitum solvit, magis est ut sibi imputare debeat ». fr. 7, § 1 cit.: « Item « si fundum tuum vel civitatis per obreptionem petiero negotium tuum vel civi- « tatis gerens et ampliores quam oportuit fructus fuero consecutus, debebo hoc « ipsum tibi vel rei publicae praestare, licet petere non potuerim ». fr. 18, § 3 cit.: « Cum me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti et ignorans « usu cepisti : mihi negotiorum gestorum ut restituas obligatus non es. sed si, « antequam usucapias, cognoscas rem meam esse, subicere debes aliquem, qui a « te petat meo nomine, ut et mihi rem et tibi stipulationem evictionis committat : « nec videris dolum malum facere in hac subiectione : ideo enim hoc facere debes, « ne actione negotiorum gestorum tenearis »]. Sul fruttamento d'interessi cfr. Trib. Imp., vol. XVIII, pag. 196.

tare, o del tutto riconoscere l'amministrazione unitamente condotta. Non gli è dunque concesso di avvantaggiarsi delle intraprese, che hanno avuto buon esito, e di respingere quelle sfavorevoli (30).

4. Per ciò che si riferisce all'*actio contraria*, spettano al gestore:

a) I medesimi diritti di un mandatario, se la gestione era obbligatoria per l'interessato, e in particolare eragli utile, o venne da lui ratificata.

L'interessato deve perciò indennizzarlo delle spese convenientemente fatte, con gl' interessi (31), e addossarsi le obbligazioni (32) assunte dal gestore per gli scopi della gestione, salvochè il gestore abbia avuto la generosa intenzione di rinunziare al regresso, e quindi di donare l'importo delle sue spese (33).

---

(30) Poichè il padrone del patrimonio può respingere la gestione, segue che il gestore deve sopportare il caso fortuito delle sue intraprese, che restano di suo conto: fr. 10, D. *h. t.*, 3, 5. Pomponius, libro 21, *ad Quintum Mucium*: « Si « negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed « Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, « quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novi- « cios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea « re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam « lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum « damno debet ».

(31) Fr. 18, § 4, D. *h. t.*, 3, 5 [cfr. nota 29], e Petražycki, *Il reddito*, vol. II, pag. 163. Cod. civ. germ., § 683, periodo 1° [rip. nota 22].

(32) Fr. 2, D. *h. t.*, 3, 5 « . . iustum est, si utiliter gessit, praestare ei, quid- « quid eo nomine vel abest ei vel afuturum est ». Così pure il compenso nella misura usuale, quando trattisi di prestazioni di servigi tecnici, che sogliono essere prestati contro rimunerazione: Seuffert, *Archivio*, vol. XLVI, n. 186 (Corte di appello di Amburgo).

(33) Il gestore non è punto obbligato a sostenere e a provare, che le spese per gli altrui negozi furono da lui fatte « recipiendi animo ». Spetta piuttosto alla persona interessata di dimostrare, che quella spesa avvenne « donandi animo ». Cfr. fr. 4, D. *h. t.*, 3, 5. [rip. nota 10]. Ed invero quando i genitori alimentano i propri figli, o fanno loro altrimenti delle elargizioni, che di solito vengon riguardate nella vita come liberali, se essi tuttavia pretendano la restituzione, devono provare il loro *animus recipiendi* all'atto della spesa: fr. 33, D. *h. t.*, 3, 5 [rip. al § 106, nota 33], fr. 50, D. *familiae erciscundae*, 10, 2; c. 11, Cod. *h. t.*, 2, 18; cfr. c. 15, Cod. *eod.* [fr. 50 cit.: « Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre « agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, « sed pietate debita ductus: in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad « eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur ». c. 11 cit.: « Ali- « menta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, « cum id exigente materna pietate feceris. si quid autem in rebus eorum utiliter « et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi « animo fecisse ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes ». c. 15 cit.: « Si paterno adfectu privignas tuas aluisti seu mercedes pro his aliquas ma- « gistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. quod si ut repetiturus

Le spese devono risarcirsi, anche quando l'esito della gestione non fu favorevole (34).

L'interessato è inoltre tenuto per l'eventuale colpa, quando per esempio egli distrugga le impalcature e gli arnesi di lavoro del gestore, che ritrova al suo ritorno nella sua proprietà.

b) Se la gestione non fu utilmente intrapresa, e neanche venne ratificata, il gestore potrà nondimeno in tanto pretendere il risarcimento, in quanto l'interessato sia rimasto per essa arricchito (35-36).

§ 123. — **Negozi altrui per conto proprio.**

Cosa affatto diversa, dalla intrapresa di negozi altrui per conto altrui, è l'amministrazione di negozi obiettivamente altrui — *re ipsa aliena* —, per conto proprio.

« ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti, negotiorum tibi gestorum inten- « denda actio est »]. Trib. Imp., vol. X, pag 117. Il Cod. civ. germ., § 685, dispone : « Al gestore non compete alcuna pretesa, se egli non aveva l'intenzione di domandare la restituzione dalla persona interessata. — Se i genitori o gli avi ai loro discendenti, o questi a quelli procacciano il sostentamento, deve ritenersi nel dubbio che manchi l'intenzione di domandare la restituzione dagli accipienti ».

(34) Fr. 21, D. *h. t.*, 3, 5 ; GAIUS, libro 3, *ad edictum provinciale* « (*a*) Sive « hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem « emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit iudicio negotiorum gestorum « consequi : veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit, idque casu quodam « interierit. forte incendio ruina. sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel « incendium sine vitio eius acciderit : nam cum propter ipsam ruinam aut incen- « dium damnandus sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita con- « sumptae sunt, quicquam consequi »; fr. 9, § 1, D. *eod.*, rip. sopra, nota 15.

(35) Arg. fr 5, § 5, D. *h. t.*, 3, 5 ; Cod. civ. germ., § 684, periodo 1° [fr. 5, § 5 cit., riportato al § seguente, nota 1 ; § 684 cit., nota 23]

(36) Se la persona interessata era impubere, essa può in generale esser convenuta soltanto sino all'ammontare del suo arricchimento ; fr. 5, § 2 ; fr. 36, D. *h. t.*, 3, 5 ; c. 2. Cod. *h. t.*, 2, 18 [fr. 5, § 2, cit. : « Iulianus libro tertio « digestorum scribit, si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo, sed ne « tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum : sed et pu- « pillum, modo si locupletior fuerit factus »; fr. 36 pr.. cit. : « Litis contestatae « tempore quaeri solet, an pupillus, cuius sine tutoris auctoritate negotia gesta « sunt, locupletior sit ex ea re factus, cuius patitur actionem »; c 2 cit. : « Contra « impuberes quoque, si negotia eorum urguentibus necessitatis rationibus utiliter « gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem ex utilitate « ipsorum receptum est. quae tibi quoque iure decernetur, quod sumptus in « pupillum, quem Romae tutorum petendorum gratia duxisti, fecisse te adlegas, « si non matertera eiusdem se facere paratam propriis impendiis ostenderit »]. È questa una reminiscenza del concetto della *negotiorum gestio* come un quasi contratto ; la regola non si giustifica con ragioni intrinseche. Cfr. KOHLER, *loc. cit.*, pag. 44.

Nondimeno anche a questo caso si adattavano l'editto « *si quis negotia alterius gesserit* », e le *actiones negotiorum gestorum*.

Perciò vennero concesse queste azioni:

1° Quando qualcuno scientemente e per avidità di guadagno amministrava negozi altrui per conto proprio (1). Il padrone del negozio ha allora l'*actio negotiorum gestorum directa*, pel rendiconto e per la consegna di ciò, che venne percepito in conseguenza della gestione, od anche a sua scelta pel ristabilimento del pristino stato di cose; ed il gestore può, con l'*actio contraria*, reclamare la rivalsa delle sue spese, sino all'ammontare dell'arricchimento dell'altro, quando questi si fosse appropriato il prodotto del negozio.

2° Chi prende cura di negozi altrui, nella credenza che siano propri, non può affatto, come più d'uno erroneamente ritiene, esser considerato senz' altro come rappresentante di colui, al quale il negozio obiettivamente appartiene. Ciò graverebbe lui e l' interessato di una responsabilità, per la quale mancano motivi intrinseci, e starebbe in aspra contradizione con principii giuridici riconosciuti, particolarmente con quelli che si riferiscono alla condizione di un possessore di buona fede di cose altrui.

Ma sarebbe del pari inattendibile il negare del tutto, in questo caso, l'esercizio delle *actiones negotiorum gestorum* (2). Esse sono anzi ammesse in particolari circostanze, e propriamente (3):

---

(1) Fr. 5, § 5, D. *h. t.*, 3, 5; ULPIANUS, libro 10, *ad edictum*: « Sed et si « quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo « scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim deprae- « dandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet): sed nihilo minus, « immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res « meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea « accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem ». Del resto il possessore di mala fede di cose altrui ha di certo soltanto un diritto di ritenzione per le spese fatte sulla cosa. Il Cod. civ. germ., § 687, capov. 2°, dispone, che se alcuno tratta come proprio un negozio altrui, malgrado che sappia di non esservi autorizzato, la persona interessata può far valere le pretese derivanti dalla gestione di negozi senza mandato, ma in tal caso è anche obbligata a restituire quanto ha conseguito per effetto della gestione di negozi, secondo le norme che riguardano la restituzione di un arricchimento ingiustificato.

(2) KÖLLNER, *loc. cit.*, pag. 29; cfr. però VANGEROW, vol. III, § 664, pag. 504. Cfr. Cod. civ. germ., § 687, periodo 1°: « Le prescrizioni sulla gestione di negozi senza mandato non trovano applicazione, quando alcuno amministri un negozio altrui, nella opinione che sia proprio ».

(3) Il testo principale è la famosa L. 48, D. *h. t.*, 3, 5; AFRICANUS, libro octavo, *Quaestionum*: « Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor « vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum « actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, « cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum

a) Se qualcuno ha alienato in buona fede per conto proprio la cosa altrui, e ne è rimasto arricchito mediante il prezzo, il proprietario della cosa, se la *vindicatio* di essa gli venga troncata da eventi fortuiti, ha un'*actio negotiorum gestorum directa*, contro l'alienante, diretta all'ammontare dell'arricchimento di lui (4);

b) Se un presunto erede ha liberato il vero erede da una obbligazione a carico dell'eredità, gli compete per ciò l'*actio negotiorum gestorum contraria* contro il vero erede, sino all'ammontare dell'arricchimento di esso (5).

« hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatus sol« visses, quandoque de ea solutione liberarer ». Cfr. anche c. 3, Cod. *de rei vindicatione*, 3, 32 [« Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te « vendere iure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato « pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti vel alio modo pro« prietatem eius amisisti, adversus emptorem quidem nullam habes actionem, adversus « venditricem vero de pretio negotiorum gestorum exercere non prohiberis »]. Non di rado si generalizza la decisione di Africano. Più oltre di tutti va a questo riguardo il Dankwardt, *Negotiorum gestio*, § 22. Secondo lui, chi dispone a suo talento di un patrimonio altrui, senza riguardo al subietto di questo patrimonio, scientemente o non, diviene responsabile, per questo fatto obiettivo verso del subietto del patrimonio, come se egli fosse un *procurator omnium bonorum* di lui, in quanto il suo atto obiettivamente riguarda il subietto del patrimonio. — Ciò dovrebbe condurre a risultati da rigettare. Cfr. Monroy, *loc. cit.*, pag. 50; Windscheid, vol. II, § 431, nota 18; Trib. Imp., vol. XIII, pag. 184. Anche il concetto del Monroy ritengo che si spinga troppo oltre.

(4) In questo caso Africano e Giuliano accordavano anche una *condictio*; fr. 23, D. *de rebus creditis*, 12, 1 [« Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum « possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus « ait, quasi ex re tua locupletior factus sim »]. Essi tentarono appunto diverse vie, per trovare la pratica forma e la giustificazione di ciò che loro sembrava giusto; Franke, *Hereditatis petitio*, pag. 325 sgg.; Pacchioni negli *Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di* Filippo Serafini. 1892, pag. 99 sgg. Cfr. Cod. civ. germ., § 816, capov. 1°, periodo 1°: « Se una persona non autorizzata prende su d'una cosa delle disposizioni che sono efficaci di fronte all'avente diritto, egli è tenuto verso di questi alla restituzione di quanto ha ottenuto mediante quelle disposizioni ».

(5) Cfr. oltre del fr. 48 sopra riportato alla nota 3, il fr. 14, § 11; fr. 32 pr., D. *de religiosis*, 11, 7; fr. 50, § 1. D. *de hereditatis petitione*, 5, 3; Cod. civ. germ., § 2022 [fr. 14, § 11 cit.: « Si quis, dum se heredem putat, patrem « familias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit « quasi alienum negotium gerens: et ita Trebatius et Proculus putat. puto tamen « et ei ex causa dandam actionem funerariam »; fr. 32 cit.: « Si possessor here« ditatis funus fecerit, deinde evictus in restitutione non deduxerit quod impen« derit, utilem esse ei funerariam »; fr. 50, § 1, cit.: « Si defuncto monumentum « condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia vo« luntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi « monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat, eum, cui « aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut redempturum, aut

VI. — *Il contratto di società.*

§ 124. — **Concetto e specie del contratto di società** (1).

La società, *societas*, è una contrattuale comunione di patrimonio.

a) La comunione del patrimonio non deve necessariamente consistere in un condominio; basta invece, che mediante reciproche obbligazioni, ne venga stabilito l'impiego a scopi comuni, ed in particolare stabilita la ripartizione del guadagno e della perdita (2).

Il più delle volte gli scopi della società sono pecuniari, cioè acquisto o conservazione di patrimonio, ma ciò non è essenziale. Vi sono numerose società, aventi altri scopi, per es., per un convegno socievole, o per tendenze scientifiche od artistiche. Ma le società con scopi illeciti sono inammissibili e nulle.

b) È inoltre necessario un contratto di società, il quale del resto, poichè privo di forma, può essere conchiuso anche tacitamente. Le comunioni patrimoniali, che non si fondano su contratti derivanti ad esempio da eredità, legato o caso imprevisto, non costituiscono società. Ma naturalmente si può collegare ad esse un contratto di società (3).

« actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: « quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum « faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obse- « quium supremae voluntatis »; § 2022 cit.: « Il possessore dell'eredità è tenuto alla restituzione delle cose che spettano alla eredità, solo contro restituzione di tutte le spese, in quanto queste non vengano coperte da un'imputazione sull'arricchimento, ch'egli deve restituire secondo il § 2021... »].

(1) Tit. Inst. *de societate*, 3, 25; Dig. *pro socio*, 17, 2; Cod. 4, 37.

(2) Fr. 58 pr.; fr. 74 D. *h, t.*, 17, 2 [fr. 58, pr., cit.: « Si id quod quis in » societatem contulit exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. trac- « tatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii « Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto « equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur « ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem « manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae qua- « drigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga « fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non « dubie adhuc socii sumus »; fr. 74 cit.; « Si quis societatem contraxerit, quod « emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare »].

(3) Fr. 32, D. *h. t.*, 17, 2; Ulpianus, libro 2, *ad edictum*: « Nam cum trac- « tatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa « et negotio communiter gestum videtur »; fr. 31, fr. 33 e fr. 34, D. *h. t.*, 17, 2 [fr. 31 cit.: « Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim « sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi « potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus

La caratteristica del contratto di società è *l'animus contrahendae societatis,* cioè l'intenzione di cooperare come soci (4). Perciò non si ha di regola una società, quando il commerciante ai suoi assistenti, il fabbricante ai suoi operai, promettano oltre la mercede una quota parte degli utili (5); tanto meno è società la colonìa parziaria (6). Ivi manca l'intenzione della società.

Le società si dividono in diverse specie, secondo l'estensione della comunione patrimoniale.

a) La più larga è la società dell'intero patrimonio — *societas omnium bonorum* (7-8). Essa si estende a tutto ciò che i soci, al tempo

---

« in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta « res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus « separatim emimus partes eorum non socii futuri »; fr. 33 cit. : « ... ut in con« ductionibus publicorum, item in emptionibus : nam qui nolunt inter se conten« dere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe re« motum est. et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, « attamen communiter gesto tenetur »; fr. 34 cit. : « Quibus casibus si quid forte « unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel dete« riorem fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem « familiae herciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. inter eos « quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi divi« dundo agi »].

(4) A seconda della intenzione delle parti, la medesima fattispecie costituisce ora una società, ora un altro negozio ; fr. 44, D. *h. t.*, 17, 2 ; Ulpianus, libro 31, *ad edictum* : « Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, « redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo « contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, prae« scriptis verbis ». L'intenzione deve naturalmente ricavarsi dalle circostanze esteriori ; anche dalla condizione sociale delle parti possono non di rado ottenersi dei punti di appoggio. Cfr. Seuffert, *Archivio,* vol. LI, n. 104 (Corte di appello di Amburgo).

(5) Trib. Imp. Comm., vol. I, pag. 194; vol. XVII, pag. 275, vol. XVIII, pag. 1.

(6) Cfr. più sopra, § 111, nota 4. Anche questo rapporto può risolversi in una società : fr. 52, § 2, D. *h. t.*, 17, 2 [« Utrum ergo tantum dolum an etiam « culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum « ita scripsit : socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda « societate, inquit, artem operandae pollicitus est alter, veluti cum pecus in com« mune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, « nimirum ibi etiam culpa praestanda est : pretium enim operae artis est vela« mentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque « venire »].

(7) Fr. 1, § 1, fr. 2, fr. 3 pr., § 1, fr. 5 pr., fr. 52, §§ 16 sqq., fr. 53, fr. 65 pr., § 3, fr. 73, D. *h. t.*, 17, 2. [fr. 1, § 1 cit. : « In societate omnium « bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur, 2) quia, licet « specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire ». fr. 3 cit.: « Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu : sed actiones invicem

della conclusione del contratto di società, posseggono, e più tardi, sia mediante il lavoro, sia in altra guisa, per es., per eredità, acquistano; e così pure si estende ai debiti dei soci. Ma essa non comprende quanto alcuno dei soci acquisti per delitto, e d'altra parte le obbligazioni *ex delicto* dei soci non stanno a carico di essa.

« praestare debent. Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et « hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum com- « munioni adquiretur ». fr. 5 pr. cit.: « Societates contrahuntur sive universorum « bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius ». fr. 52 cit. : « Socium universa in societatem conferre debere Neratius ait, si « omnium bonorum socius sit: et ideo sive ob iniuriam sibi factam vel ex lege « Aquilia, sive ipsius sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit. « Ibidem ait socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis « adquisierit. Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium « bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi « consequatur ut praestet. et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria « iudicis damnatus sit, consecuturum, si ob maleficium suum, ipsum tantum « damnum sentire debere. cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, « si socii bonorum fuerint, deinde unus, cun ad iudicium non adesset, damnatus « sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis « passus sit, de communi sarciendum ». fr. 53 cit. : « Quod autem ex furto vel « ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam « est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium « collata sit, commune erit lucrum ». fr. 65 cit. : « Actione distrahitur, cum « aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc « ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam socie- « tatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit. Item bonis a « creditoribus venditis unius socii distrahi societatem Labeo ait. Si in rem certam « emendam conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicuius mortem « quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait. Diximus dis- « sensu solvi societatem : hoc ita est, si omnes dissentiunt. quid ergo, si unus « renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare « socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si « dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem « inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque « si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, « commodum autem communicare cogetur actione pro socio. quod si quid post « renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus « est in eo ». fr. 73 cit. : « Maximino respondit, si societatem universarum for- « tunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, « hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. idem Maximae « respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid ero- « getur vel quaereretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae « in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda »].

(8) Le cose dei soci, nel caso della *societas omnium bonorum*, divengono immediatamente comuni, senza speciale tradizione: cfr. vol. I, § 211, nota 2. Questa regola sarà stata stabilita da un antico diritto consuetudinario; i giuristi romani la spiegavano mediante la supposizione di un *constitutum possessorium*. Secondo il Cod. civ. germ., § 310 la *societas omnium bonorum* è « nulla ».

b) La società universale di guadagno — *societas quaestus* — abbraccia ogni introito dei soci (9), e naturalmente anche i relativi debiti, non gli aumenti di capitale che eventualmente si verificano, per es., per eredità o casi di fortuna.

I moderni sogliono contrapporre queste due specie di società, come generali, alle altre società particolari.

c) A queste appartengono le società per l'esercizio di un'industria (10), particolarmente commerciale — società di commercio (11); inoltre le cosiddette società di occasione, cioè quelle contratte per singoli affari (12).

§ 125. — **Sviluppo del diritto di società romano.**

Le opinioni dei moderni, sullo sviluppo storico delle società romane, sono divise (1).

I contratti di società han luogo ora, precipuamente, nel campo del commercio e della industria. Così pure in Roma, sin dagli ultimi tempi della repubblica e nell'epoca imperiale. Perciò si offre tosto l'idea, che anche nell'antica Roma le società mercantili abbiano avuto la parte principale.

Ciò è tuttavia erroneo. I punti di partenza del diritto di società romano erano diversi.

---

(9) Fr. 7, fr. 13, D. *h. t.*, 17, 2. [fr. 7 cit.: « Coiri societatem et simpliciter « licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu « veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione « descendit ». fr. 13 cit.: « Sed et si adiciatur, ut et quaestus et lucri socii sint, « verum est non ad aliud lucrum, quam quod ex quaestu venit, hanc quoque « adiectionem pertinere »].

(10) Fr. 52, § 5, D. *h. t.*, 17, 2 [« Cum duo erant argentarii socii, alter « eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat: quaerebatur, an commune « esse lucrum oporteret. et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescri- « psit: ' etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius « non ex argentaria causa quaesiit, id ad communionem non pertinere esplorati « iuris est ' ».

(11) Le società commerciali sono particolarmente regolate dal Cod. comm. germ., §§ 105 sgg.

(12) Fr. 5 pr., D. *h. t.*, 17, 2 [rip. alla nota 7].

(1) Cfr. PERNICE, *Labeone*, vol. I, pag. 443; LEIST, *Per la storia della romana* « societas » [Zur Geschichte der römischen *societas*], 1881; LASTIG, nella *Rivista del* GOLDSCHMIDT, vol XXIV, pag. 400; PERNICE, *Parerga*, nella *Rivista per la storia del diritto*, Nuova serie, vol. III, pag. 48, vol. IX, pag. 232, e gli scrittori ivi citati; SCHMOLLER, negli *Annali per la legislazione, amministrazione ed economia politica*, Nuova serie, vol. XVI, pag. 736 sgg.

Ce ne dà prova il fatto, che l'*actio pro socio* venne istituita per la *societas omnium bonorum*, e che gli editti pretorii si riferivano a questa forma di società (2).

Ma la *societas omnium bonorum* non ha un carattere mercantile, bensì familiare ed agrario.

Essa si collegava, come risulta da numerose testimonianze, alla comunione dei coeredi, in particolare degli agnati (3), e costituiva quindi la continuazione contrattuale di essa — *consortium* — allo scopo della comune amministrazione dei beni ereditari, ed era senza dubbio nel tempo stesso una società armata, difensiva ed offensiva, sopratutto contro le rapaci irruzioni di nemici per terra e per mare.

Le *societates omnium bonorum* romane si possono quindi paragonare alle antiche eredità collettive tedesche (4). Ma vi è francamente una differenza in ciò, che quelle eredità collettive erano giuridicamente indissolubili. Le società romane invece si conservavano bensì di fatto attraverso le generazioni, ma eravi la facoltà dell'unilaterale disdetta, e si estinguevano in ogni caso di morte di uno dei soci, senza dubbio per essere rinnovate il più delle volte con l'erede.

Poichè le società erano associazioni di famiglie, sorse l' opinione, che tra i soci regnasse un *ius fraternitatis*, del quale spesso niuna traccia può osservarsi nelle società mercantili (5).

Per i *socii omnium bonorum* era inoltre naturale, o veniva concesso dal pretore, il *beneficium competentiae*. Fino a qual punto esso possa estendersi agli altri *socii*, era già dubbio ai Romani (6-7).

---

(2) LENEL, *Edictum*, pag. 237, adduce particolarmente in prova, che la *societas omnium bonorum* precedeva nei Commentarii all'Editto, tanto in Paolo (cfr. fr. 1, § 1, fr. 3 pr., § 1, D. *h. t.*) quanto in Ulpiano (cfr. fr. 5 pr., *eod.*). Inoltre l'*actio pro socio* viene annoverata tra i *generalia iudicia*, fr. 38 pr., D. *h. t.*, 17, 2. [« Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel « lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis « existimavit, sive *generalia* sunt (veluti *pro socio*, negotiorum gestorum, tutelae) « sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi) »]. La cosa esatta è stata già vista dal SALKOWSKI, « De soc. pub. », pag. 20. In senso contrario PERNICE, *Labeone*, pag. 443.

(3) Cfr. LEIST, *loc. cit.*, PERNICE, *Parerga*, pag. 67 ed i testi ivi citati.

(4) Vedi sulle *Eredità comuni* [Ganerbschaften], EDUARDO WIPPERMANN, 1873.

(5) Fr. 63 pr., D. *h. t.*, 17, 2 [« Verum est quod Sabino videtur, etiamsi « non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere « possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. « hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis « in se habeat »].

(6) Cfr. più sopra § 57, nota 13.

(7) La società romana ancora al tempo di GAIO, *Inst.*, III, § 153, si estingueva per ogni *capitis deminutio*, anche per la *minima*. La spiegazione di Gaio, che la *capitis deminutio* sia parificata alla morte, non è sufficiente: infatti tale pari-

Ed anche il fatto che i *socii* rispondano reciprocamente solo per la *culpa in concreto*, si spiega col carattere familiare dell'antica *societas* (8). Alle società mercantili questo principio non si adatta, malgrado siasi tradizionalmente trasmesso ad esse (9).

Ancora nell'epoca imperiale fu assai in uso (10) la *societas omnium bonorum*, ma già da lungo tempo essa non era più dominante. Sabino perciò ammise, che nel caso della costituzione di una società; senza più precisa determinazione, si dovesse senz'altro ritenere essere una società generale di guadagno (11). È ovvio, che anche ciò non sia applicabile pel diritto comune. Infatti nel diritto comune solo rarissimamente occorrono le generali società patrimoniali, come le generali società di guadagno.

---

ficazione non era assoluta. Ma se la società fu in origine la continuata comunione ereditaria degli agnati, sussisteva una ragione storica. Con la qualità di agnato si estingueva appunto il presupposto della partecipazione alla società degli agnati. Nella estensione della società ad altri rapporti, il principio si mantenne, quasi come se fosse radicato nella sua generale natura. In verità però esso non aveva più alcun fondamento razionale. Perciò il diritto posteriore classico lo lasciò cadere, circoscrivendo l'estinzione della società alla *capitis deminutio maxima* e *media*. fr. 63, § 10, fr. 65, § 11, D. *h. t.*, 17, 2. [Gai, § 153 cit. « Dicitur « etiam capitis diminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis diminutio « morti coaequatur: sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur « incipere societas ». fr. 63, § 10 cit.: « Societas solvitur ex personis, ex rebus, « ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio « interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima « aut media capitis deminutione aut morte: res vero cum aut nullae relinquantur « aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam « socius est neque eius quae consecrata publicatave sit. voluntate distrahitur « societas renuntiatione ». fr. 65, § 11 cit.: Societas quemadmodum ad heredes « socii non transit, ita nec ad adrogatorem, ne alioquin invitus quis socius effi- « ciatur cui non vult. ipse autem adrogatus socius permanet: nam et si filius « familias emancipatus fuerit, permanebit socius »].

(8) Non sodisfacente è la spiegazione di Gaio, libro 2, *cottidianarum rerum*, fr. 72, D. *h. t.*, 17, 2 « quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri « debet » [fr. 72 cit. rip. al § 37 nota 4]. Questa ragione varrebbe per ogni contratto.

(9) Esso si è anche trasfuso nel Cod. civ. germ., § 708. [« Il socio, nell'adempimento delle obbligazioni che gl'incombono, deve rispondere solo di quella diligenza, ch'egli suole adoperare nei propri affari »].

(10) Ciò risulta dalle testimonianze delle fonti sopra citate al § 124, nota 7.

(11) Fr. 7, D. *h. t.*, 17, 2 [rip. al § 124, nota 9]. Ciò, a parer nostro, ricavò Sabino, la cui sentenza Ulpiano qui riporta, dal diritto del suo tempo. Nulla prova tale decisione, per la origine della società romana dal diritto commerciale, come il Pernice, *Labeone*, vol. I, pag. 443, ritenne.

§ 126. — **Contributi, dividendi, obbligazioni reciproche dei soci.**

Circa i contributi dei soci, i loro dividendi, le loro obbligazioni, sono in prima linea decisive le disposizioni del contratto di società, in quanto non si oppongano norme coercitive di diritto, ed in seconda linea le disposizioni della legge.

1. I contributi dei soci consistono parte nella messa di fondi (danaro o valore pecuniario), parte in servigi. È ammissibile che un socio presti soltanto servigi o soltanto capitale (1).

Le messe di fondi o entrano nel condominio dei soci (*societates quoad sortem*), ovvero, senza mutamento di proprietà, servono agli scopi sociali (*societates quoad usum*). — In mancanza di altre convenzioni, per le messe di danaro, di altre cose fungibili, e di oggetti che furono conferiti a stima, deve ammettersi il condominio, ma non in altri casi (2).

2. Quando si parla di guadagno e di perdita della società, non si guarda al risultato dei singoli negozi di essa, ma al risultato complessivo alla fine della società (3-4).

S'intende per guadagno l'ammontare, di cui si è accresciuto il capi-

---

(1) C. 1, C. *h. t.*, 4, 37, Cod. civ. germ., § 706, capov. 3°. [c. cit.: « Societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit ». § cit.: « Il contributo di un socio può consistere anche nella prestazione di servigi »].

(2) Queste regole corrispondono ai principii generali: vedi Vangerow, vol. III, § 651, nota 2. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 706, capov. 2°. [« Se devono porsi a contributo cose rappresentabili o consumabili, deve nel dubbio ammettersi, che esse divengono proprietà comune dei soci. Lo stesso vale riguardo alle cose non rappresentabili o non consumabili, se debbano porsi in contributo dopo una stima, che non sia semplicemente stabilita allo scopo della ripartizione degli utili »]. D'altra opinione è, tra gli altri, il Windscheid, vol. II, § 405, nota 13.

(3) Fr. 30, D. *h. t.*, 17, 8. Paulus, libro 6, *ad Sabinum*: « Mucius libro quartodecimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto. sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur » § 2, I. *h. t.*, 3, 25. *verb.* « quod ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest, intellegatur lucro esse ».

(4) Però nelle moderne società commerciali si computa annualmente il guadagno e la perdita. A ciò si connettono rilevanti conseguenze giuridiche. Cfr. anche Cod. civ. germ., § 721, capov. 2°: « Se la società è di maggiore durata, la chiusura dei conti e la ripartizione degli utili devono, nel dubbio, seguire alla fine di ogni anno di affari ».

tale conferito nella società; per perdita la somma di cui la massa si è diminuita, e che deve oltracciò procacciarsi, allo scopo di coprire le obbligazioni della società.

3. Le quote dei soci di utili e di perdita sono, in mancanza di particolari disposizioni, uguali. Ciò senza riguardo all'ammontare del loro conferimento (5).

Ma il contratto di società può stabilire quote ineguali (6). È ammissibile il fissare secondo diverse proporzioni le quote dei soci di guadagno e di perdita, ma nel dubbio il rapporto di esse è il medesimo (7).

---

(5) Fr. 29 pr., D. *h. t.*, 17, 2. ULPIANUS, libro 30, *ad Sabinum*: « Si non « fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat ». § 1, I. *h. t.*, 3, 25. [« Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales « scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. quod si expressae fuerint « partes, hae servari debent: nec enim umquam dubium fuit, quin valeat con« ventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni « et lucri pertineant, ad alium tertia »]. Non mancano veramente degli scrittori, i quali intendono le « parti uguali » nel senso di « proporzionali », da commisurarsi cioè in rapporto alle quote di capitale di ogni socio. Ma ciò non corrisponde alle parole. E come secondo ciò rimarrebbero i socii, che contribuirono solo con servigi, ma non con capitale? Naturalmente però non deve trascurarsi, che si tratta solo della ripartizione di guadagno e di perdita. Se per es. X. ha versato 1000, ed Y. ha promesso servigi, può aversi questo rapporto: *a*) alla fine della società esistono solo 1000: X. li riprende, ed Y. nulla riceve e nulla deve prestare, poichè non esiste nè guadagno nè perdita; *b*) esistono 1200: X. prende 1000, come sua quota di capitale e 100 come metà del guadagno, ed Y. riceve 100, altra metà del guadagno; *c*) esistono in conseguenza di perdite solo 500: allora X. riceve 500 come resto del suo versamento, ed Y. deve inoltre sborsargli 250, poichè il danno, che deve ugualmente sopportarsi, ammonta a 500. Cfr. VANGEROW, vol. III, § 651, nota 2. Ivi trovansi annotate altre opinioni. Nel nostro senso anche il Cod. civ. germ., § 722, capov. 1°. [« Se le quote dei soci al guadagno ed alla perdita non sono stabilite, ogni socio ha una eguale quota di guadagno e di perdita, senza riguardo alla specie ed all'ammontare del suo contributo »].

(6) § 1, I. *h. t.*, 3, 25; fr. 29 pr., D. *h. t.*, 17, 2 [fr. 29 cit.: «... si vero « placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet « valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuius« cumque alterius rei causa »].

(7) Fr. 29, § 1, D. *h. t.*, ULPIANUS, libro 30, *ad Sabinum*: « Ita coiri socie« tatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, « Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, « quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati « conferat quam pecunia, item si solus navigat, si solus peregrinetur, pericula « subeat solus ». Naturalmente dev' essersi però avuta in mira una società, e non una donazione condizionata: nulla di diverso vogliono le cautele apposte: cfr. anche § 2, I. *h. t.*, 3, 25, Cod. civ. germ., § 722, capov. 2°. [§ cit.: « De « illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad « Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, « lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam

Ad un socio può essere concessa una quota di lucro, senza ch'egli partecipi alla perdita. Ma quei contratti pei quali un contraente sia escluso dalla partecipazione agli utili, e solo debba sopportare in tutto o in parte la perdita, non sono contratti di società (8).

4. Le obbligazioni reciproche dei soci sono le seguenti:

a) Essi devono prestare le messe di fondi ed i servigi convenuti. Sono tenuti, come i venditori, per l'evizione e pei vizi occulti delle cose conferite (9).

Dal momento della conclusione del contratto di società in poi, il rischio delle messe, che furono promesse in una determinata *species*, è a carico della società (10).

« societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. « Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorumdam « ita praetiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in socie- « tatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecu- « niam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia « saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam « optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, « damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod « tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum in aliqua damnum allatum « sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse ». § 722 cit.: « Se è stabilita solo la quota di guadagno o di perdita, tale determinazione vale nel dubbio pel guadagno e per la perdita »].

(8) Fr. 29, § 2 eod.: « Aristo refert Cassium respondisse societatem talem « coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc socie- « tatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam « esse ». Essa veniva detta « società leonina », dalla favola di Esopo, secondo la quale il leone va a caccia con l'asino, ed alla fine prende per sè tutte le parti della preda — Phaedrus, I, 45. Era quindi necessario opporsi alle gravi soperchierie. Tuttavia il contratto può essere valido da un altro punto di vista, non solo come donazione, ma anche particolarmente come un contratto di garanzia: cfr. sopra § 118. Il Cod. civ. germ. non si pronunzia sull'ammissibilità della *societas leonina*.

(9) Ciò deriva dai principii generali.

(10) Il testo principale sul rischio delle cose conferite è il fr. 58, pr., D. *h. t.*, 17, 2. Ulpianus, libro 31, *ad edictum*: « Si id quod quis in societatem contulit « exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. tractatum ita est apud « Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos « haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam ven- « deres et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus « meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio « equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae « coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque commu- « nicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii « sumus ». Le opinioni divergono oltremodo: cfr. su di esse ciò che riferisce il Puntschart, *Rapporti giuridici fondamentali* [Fundamentale Rechtsverhältnisse], pag. 478. Celso distingue due casi. Nel primo deve aver luogo una vendita comune,

b) I soci debbono rispondere per la *culpa in concreto* (11).

c) Essi devono, a norma del contratto di società, mettere a profitto gl'introiti fatti (12).

Per le spese, che convenientemente fecero nell'interesse della società, dev'essere loro accordato il risarcimento, e debbono essere garantiti per le obbligazioni in tal forma assunte (13).

---

ma non è avvenuta una messa di cavalli nel fondo sociale. Qui il perimento del cavallo colpisce soltanto il proprietario. Nell'altro caso i cavalli debbono essere insieme conferiti per una quadriga. In un negozio di tale specie il perimento dei cavalli colpisce la società dal momento della conclusione del contratto di società, al modo stesso che nella vendita. Il passaggio del rischio della cosa promessa pel conferimento si collegava quindi alla conclusione del contratto, e non già solo alla tradizione. Diversamente, com'è naturale, vien rilevato dal fr. 58, § 1, D. *eod.*, quando la messa sia determinata genericamente, e particolarmente se consista in danaro. Allora il rischio può passare alla società solo col versamento. Secondo il Cod. civ. germ., ciò vale per le messe di fondi di ogni specie. [fr. 58, § 1 cit.: « Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea « pecunia perisset, cui perierit ea. et ait, si post collationem evenit, ut pecunia « periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si « pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit: si vero ante « collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine con- « sequeris, inquit, quia non societati periit »].

(11) Fr. 72, D. *h. t.*, 17, 2; Cod. civ. germ., § 708. Cfr. più sopra, § 125, nota 8. Vedi del resto anche fr. 52, §§ 2, 3, D. *h. t.*, 17, 2 [fr. 72 cit.: « Socius « socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa « autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem « diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia « qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet ». § 708 cit., rip. § 125, nota 9; fr. 52, § 2 cit. rip. al § 124, nota 6; § 3 *eod. fragm.*: « Damna « quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur prae- « stare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio « perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aesti- « matum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detri- « mentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera « sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda « data sunt quamvis aestimata »]. Sulla compensazione della reciproca negligenza « cfr. DERNBURG, *Compensazione*, pag. 333.

(12) Fr. 74, D. *h. t.*, 17, 2 [riportato al § 124, nota 2].

(13) Fr. 38, § 1, D. *h. t.*, 17, 2. [« Si tecum societas mihi sit et res ex « societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus « ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione « alteram tolli Proculus ait »]. Le spese devono fruttare interessi: fr. 67, § 2, D. *h. t.*, 17, 2; PETRAŽYCKI, *Il reddito*, vol. II, pag. 165. [fr. cit.: « Si quid « unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio socie- « tatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam « pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, « quas possit habere, si alii mutuum dedisset »]. Il Cod. civ. germ., § 713, dispone: « I diritti e gli obblighi dei soci amministratori si determinano secondo le prescrizioni dei §§ 664-670, quando il contrario non risulti dal rapporto di società ».

Perfino il danno, che per caso fortuito colpì i soci all'occasione della cura degli affari della società, dev'essere loro compensato (14).

Infine la liquidazione e la ripartizione del guadagno e della perdita devono aver luogo a tenore del contratto di società.

d) A ciascun socio devono essere offerti dagli altri soci i necessari schiarimenti sugli affari della società, e l'ispezione degli atti, e secondo il bisogno anche un conto speciale (15).

L'*actio pro socio* sorge quando un socio non soddisfa alle sue obbligazioni, e quindi anche prima della fine della società (16).

5. Il socio è libero di conchiudere, riguardo alla sua quota, una sotto-società. Ma da essa derivano solo diritti e doveri tra lui ed il suo sottosocio, non già tra quest'ultimo ed il socio del suo socio (17).

---

(14) Fr. 52, § 4, D. *h. t.*, 17, 2. ULPIANUS, libro 31 *ad edictum*: « Quidam « sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus « in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt « resque proprias perdidit. dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione « pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae quam rerum « ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine « comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro « parte socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat. proinde et si nau- « fragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum « ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, « quod non culpa socii contingit ». fr. 60, § 1, D. *eod.* [« Socius cum resisteret « communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, « quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia « id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter « societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut « patrimonium suum neglegentius administrasset: nam nec compendium, quod « propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem « heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset »]. Che il mandatario non possa mettere in conto il danno fortuito ad occasione dell'amministrazione degli affari a lui affidati, vedi più sopra, § 116, nota 15. — Cfr. UNGER, *L'agire a rischio altrui*, negli *Annali* di IHERING, vol. XXXIII, pag. 339.

(15) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 716. [« Un socio, anche se sia stato escluso dall'amministrazione, può personalmente informarsi degli affari della società, ispezionare i libri e le carte della società, e rilevare da essi un prospetto sullo stato del patrimonio sociale. — Una convenzione, che escluda o limiti questo diritto, non si oppone a farlo valere, se siavi motivo a sospettare un'amministrazione disonesta »].

(16) I Romani in origine ritenevano, che l'*actio pro socio* fosse ammissibile solo alla fine della società. A ciò essi tennero fermo: fr. 65, § 15, D. *h. t.*, 17, 2. [« Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum « societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expe- « diat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit »].

(17) Ffr. 19-23, D. *h. t.*, 17, 2. [fr. 19 cit.: « Qui admittitur socius, ei tantum « socius est qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius « mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. quid ergo si socius meus

§ 127. — **Rapporto dei soci all'esterno.**

La società non è, come la corporazione, un subietto di diritti per sè stante (1). Piuttosto i soci sono, all'interno ed all'esterno, i titolari dei diritti e dei doveri della società. Essi sono dunque i condomini dei beni sociali, i creditori dei crediti acquistati per la società, ed i debitori dei debiti di essa. Ciò però non è mantenuto in certe società moderne, le quali sono dotate di alcuni diritti delle corporazioni (2).

Riguardo ai diritti ed agli obblighi dei soci di fronte ai terzi, devono distinguersi le società interne, e le società esterne:

a) Nella società interna il socio contraente agisce in proprio nome, e per conto della società. Egli solo dunque acquista diritti di fronte alle altre parti con lui contraenti, le quali contro di lui soltanto hanno diritti di credito. Queste possono convenire in giudizio i soci di lui unicamente con l'*actio de in rem verso utilis*, a norma dei suoi generali presupposti, sino all'ammontare dell'arricchimento di essi (3).

b) Nelle società esterne i soci amministratori conchiudono contratti in nome della società. Il contratto di società stabilisce chi sia

---

« eum admisit? ei soli socius est 20: (nam socii mei socius meus socius non est) « 21: et quidquid fuerit de societate nostra consecutus, cum illo qui eum adsumpsit « communicabit, nos cum eo non communicabimus. sed factum eius praestabitur « societati, id est aget socius et societati praestabit quod fuerit consecutus. « 22: Ex contrario factum quoque sociorum debet ei praestare sicuti suum, quia « ipse adversus eos habet actionem. item certum est nihil vetare prius inter eum « qui admiserit et eum qui admissus fuerit societatis iudicio agi, quam agi incipiat « inter ceteros et eum qui admiserit. 23: De illo Pomponius dubitat, utrum « actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra « sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat. et puto omnimodo eum « teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa « ipsius admissum ». § 1, *eod. fragm.*, riportato al § 45, nota 12].

(1) Cfr. vol. I, § 61, num. 2.

(2) Vol. I, § 61, num. 3. Secondo il Cod. civ. germ., il patrimonio sociale, nel caso della società esterna, costituisce un patrimonio separato collettivo. I soci non hanno alcuna quota ideale, sulle singole parti costitutive del patrimonio sociale. I creditori della società possono procedere alla esecuzione forzata sul patrimonio sociale, solo in forza di un titolo eseguibile contro tutti i soci; i creditori privati di un socio possono, in surroga di lui, disdettare il rapporto di società, e cautelarsi con l'importo netto che gli compete.

(3) Fr. 82, D. *h. t.*, 17, 2. Papinianus, libro 3, *responsorum*: « Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam « pecuniae versae sunt ». La decisione si concilia assai bene con i principii svolti più sopra, § 14, sull'*actio de in rem verso utilis*. Su di un'altra spiegazione del Sell, *Tentativi* [Versuche], vol. I, pag. 48, vedi Vangerow, vol. III, § 653, pag. 480.

autorizzato a tale rappresentanza. Tutti o singoli soci possono esservi autorizzati. La procura inoltre di parecchi soci amministratori può essere collettiva, talchè essi debbano agire di conserva, ovvero può essere individuale, in modo che ognuno per conto proprio sia autorizzato alla rappresentanza (4).

I negozi che i soci amministratori conchiudono, in conformità della loro procura, in nome della società, creano immediatamente diritti ed obblighi per tutti i soci.

Di regola perciò i crediti e le obbligazioni si dividono tra i soci (5), e propriamente secondo le porzioni sociali, se esse sono determinate e ve ne sia riferimento nel contratto, altrimenti per capi (6-7-8).

---

(4) Cfr. anche Cod. civ. germ., §§ 709-712. Per esso, se altro non risulti dal contratto di società, la gestione degli affari della società spetta in comunione ai soci; per ogni negozio si richiede l'assenso di tutti i soci.

(5) Secondo il fr. 44, § 1, D. *de aedilicio edicto*, 21, 1, ed il fr. 4, pr. D. *de exerc. act.*, 14, 1, riportato sotto alla nota 6, i soci sono tenuti « pro portione qua socii fuerunt ». La limitazione stabilita nel testo appare però evidente. [fr. 44, § 1 cit.: « Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in « venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid « agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in « unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones « competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto « cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad « lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est »].

(6) In conseguenza del mutamento del sistema della rappresentanza diversificano al riguardo il diritto romano ed il diritto comune. I principii romani sono svolti nel fr. 4, pr. e § 1, D. *de exercitoria actione*, 14, 1, di Ulpiano, libro 29 *ad edictum*, rispetto alla società degli armatori di una nave: « Si tamen plures per se navem « exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui « magistri videntur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo ma- « gistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri ». Secondo il diritto romano dunque dovevasi distinguere: *a*) i soci contraggono personalmente tutti insieme, ed allora l'obbligazione si divide tra di essi secondo i principii generali del diritto delle obbligazioni: cfr. più sopra, § 71; ovvero *b*) un terzo si presenta per essi come *magister navis* od *institor*, ed allora tutti i preponenti sono tenuti in solido secondo i principii dell'*actio exercitoria* od *institoria*; ovvero *c*) uno dei soci contratta come *magister navis* od *institor* degli altri, ed anche allora sorge una obbligazione solidale di tutti. — Nel diritto comune è scomparsa oramai la rappresentanza institoria, che portava seco la solidale responsabilità dei preponenti: cfr. sopra § 13. Attualmente il rappresentante, ed in particolare anche il socio amministratore rappresenta gli altri soci, in nome dei quali egli ha contrattato, direttamente. È quindi, come se essi avessero personalmente agito. Conseguentemente deve oramai verificarsi anche allora la responsabilità divisa, quando un socio amministratore assunse delle obbligazioni in nome degli altri. È controverso però, se pel diritto consuetudinario non sia venuta in uso la responsabilità solidale dei soci per le obbligazioni della società. Cfr. gli scrittori citati nel Buchka, *La rappresentanza*, pag. 246. Ciò doveva risolversi affermativamente,

§ 128. — **Fine della società.**

Le società finiscono naturalmente dopo il compimento dello scopo, a cui esse erano destinate, o con lo scadere del termine finale, col verificarsi di una condizione risolutiva, od infine per l'impossibilità del raggiungimento degli scopi della società (1).

Altri modi di estinzione secondo il diritto di società sono:

1° Morte di uno dei soci (2).

La trasmissione agli eredi del socio non poteva essere, per diritto

---

per le società di diritto commerciale, e trovasi ora stabilito legalmente dal Cod. Comm. germ. per i soci che esercitano negozi commerciali. Per le altre società non si riesce però a dimostrare un analogo diritto consuetudinario. Questo anche — si pensi per es. al caso di una società a scopi di ricreazione — sarebbe duro e contrario alla comune opinione. La responsabilità dei soci che non esercitano negozi commerciali, per le obbligazioni della società, è quindi di regola, secondo il diritto comune, divisa.

(7) L'opinione del Windscheid, vol. II, § 407, nota 7, per la quale i soci possono pretendere, che i creditori della società si rivolgano anzitutto contro il patrimonio sociale, è in questa sua forma generale inattendibile. Essa non si può naturalmente dedurre dal fr. 65, § 14, D. *h. t.*, 17. 2, che tratta delle reciproche pretese dei soci. Nondimeno un tale diritto dei soci può essere stato convenuto, ovvero risultare dalla costituzione della società, riguardo alla quale venne conchiuso il contratto. [fr. 65 cit. : « Si communis pecunia penes aliquem sociorum « sit et alienius sociorum quid absit, cum eo solo agendum, penes quem ea « pecunia sit: qua deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere « possunt »].

(8) Secondo il Cod. civ. germ. i soci sono personalmente tenuti come debitori solidali, per i debiti della società costituiti mediante contratto; per le obbligazioni extracontrattuali essi rispondono personalmente, ma divisamente: Cod. civ. germ., §§ 420, 427 [riportati al § 71, nota 3].

(1) Cfr. fr. 63, § 10, D. *h. t.*, 17, 2; Cod. civ. germ., § 726. [fr. cit. rip. al § 125, nota 7]. Nel fr. 1, pr. D. *h. t.*, 17, 2, Paolo, libro 32 *ad edictum*, dichiara: « Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad « tempus vel ex tempore vel sub condicione »; ma nel fr. 70, D. *eod.*, libro 33 *ad edictum*, scrive: « Nulla societatis in aeternum coitio est ». Ciò non contiene una contraddizione. Ivi si fa parola dell'intendimento del contratto, qui invece della forza giuridica di esso.

(2) § 5, I *h. t.*, 3, 25; fr. 65, § 9, D. *h. t.*, 17, 2. [§ I cit.: « Solvitur adhuc « societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi « eligit. sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur, « etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit ». fr. cit.: « Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero « supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. nec heres socii succedit: « sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo « quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est »].

romano, validamente convenuta (3); ma ciò permise il Codice di commercio nelle società commerciali in nome collettivo (4), come pure il Codice civile germanico (5).

L'erede è autorizzato ed obbligato a prendere le necessarie disposizioni, riguardo ai negozi della società intrapresi dal suo autore, ed è tenuto, relativamente a ciò, pel dolo e per la colpa grave (6).

Ciò che un socio intraprese, prima di apprendere la morte del suo socio, va ancora in conto della società (7).

2° L'apertura del fallimento contro uno dei soci (8).

---

(3) Fr. 35, fr. 52, § 9, D. *h. t.*, 17, 2. Una eccezione si aveva in Roma riguardo alle *societates vectigalium*: fr. 59, pr. D. *h. t.*, 17, 2. [fr. 35 cit.: « Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in « heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet ». fr. 52 cit.: « Idem respondit societatem non posse ultra mortem porrigi, et ideo nec libertatem « de supremis iudiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proxi- « mioribus praeferre ». fr. 59 cit.: « Adeo morte socii solvitur societas, ut nec « ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis « societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post « mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius « adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aesti- « mandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas « coita sit aut sine quo societas administrari non possit? »].

(4) Cod. comm. germ., § 131, num. 4.

(5) Cod. comm. germ., § 727, capov. 1. [« La società si estingue per la morte di uno dei soci, salvochè non risulti altrimenti dal contratto di società; — conforme al num. 4, del § 131 del Cod. comm., cit., not. prec.].

(6) Fr. 40, D., *h. t.*, 17, 2 [rip. § 117, nota 8]; cfr. però anche fr. 35 e 36, fr. 65, § 9., D. *h. t.*, 17, 2. — Vedi inoltre Cod. civ. germ., § 727, capov. 2 [fr. 35 rip. più sopra, nota 3; fr. 36: « et acti etiam culpam, quam is praestaret in cuius « locum successit, licet socius non sit »; fr. 65 cit., rip. più sopra nota 2. § 727 cit.: « Nel caso dello scioglimento, l'erede del socio defunto deve senza indugio denunziarne agli altri soci la morte, e, se sia congiunto un pericolo allo indugio, continuare gli affari affidati al suo autore in forza del contratto di società, finchè gli altri soci non possano altrimenti provvedere insieme con lui. Gli altri soci sono in simil guisa obbligati alla continuazione degli affari loro affidati. La società si considera in quanto a ciò come perdurante »].

(7) Fr. 65, § 10, D. *h. t.*, 17, 2; Cod. civ. germ., 729. [Fr. cit.: « Item sit « alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas: quod si « integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res, de qua « societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandatu, ut, si « quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas, si nota, non valeat »; § 729 cit.: « Se la società viene sciolta in altra guisa che mediante disdetta, la facoltà di amministrare concessa ad un socio, in forza del contratto di società, si considera tuttavia in suo favore come perdurante, finchè egli ottenga notizia dello scioglimento, o debba conoscerlo »].

(8) § 8, I. *h. t.*, 3, 25; fr. 65, § 1. D. *h. t.*, 17, 2. Cfr. Cod. civ. germ., § 728; ma anche § 736. [§ 8 cit.: « Item si quis ex sociis mole debiti praegra- « vatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita sub-

3° L'accordo dei soci (9).

4° La disdetta unilaterale (10). Essa estingue la società anche allora, quando la società secondo il contratto dovrebbe ancora perdurare. Ma un'intempestiva e dolosa disdetta reca svantaggi.

Così, se si disdetta una società prima del tempo determinato nel contratto, senza giusti motivi (11), non si ottiene la liberazione propria verso i soci, ma si effettua la liberazione di questi verso di sè, o in altri termini il disdettante partecipa alla perdita, non al guadagno che risulta dai negozi in corso al tempo della disdetta (12).

« stantia eius veneat, solvitur societas. sed hoc casu si adhuc consentiant in socie- « tatem, nova videtur incipere societas »; fr. 65, § 1 cit., rip. al § 124, nota 7; § 728 cit.: « La società si scioglie per l'apertura del fallimento sul patrimonio di un socio. Trovano applicazione le prescrizioni del § 727, capov. 2°, periodi 2 e 3. § 736 cit. « Se nel contratto di società è stabilito, che se un socio disdetta, o muore, o se viene aperto il fallimento sul patrimonio di lui, la società debba continuare tra gli altri soci, al verificarsi di un tale evento, rimane fuori della società il socio nella persona del quale si verifica »].

(9) Fr. 65, § 3. D. *h. t.*, 17, 2 [rip. al § 124, nota 7].

(10) Fr. 14, fr. 15, fr. 16 pr., fr. 65, § 6, D. *h. t.*, 17, 2 [fr. 14 citato: « Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non « videtur convenisse, ne societate abeatur. quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, « an valeat? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non « convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. « sed et si convenit, ne intra certum tempus societatem abeatur, et ante tempus « renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. nec tenebitur pro socio qui adeo « renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: « aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? « 15: vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio suscepta sit? 16: Idemque « erit dicendum, si socius renuntiaverit societati, qui rei publicae causa diu et « invitus sit afuturus: quamvis nonnumquam ei obici possit, quia potuit et per « alium societatem administrare vel socio committere: sed hoc non alias, nisi valde « sit idoneus socius aut facilis afuturo etiam per alium societatis administratio »; fr. 65, § 6 cit.: « Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renun- « tiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea « factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem: « nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. quod si tempus finitum est, « liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat »]

(11) Quali motivi giustifichino la disdetta fatta anzi tempo, decide, in caso di controversia, la prudenza del giudice: cfr. fr. 14, D. *h. t*, 17, 2, *verb.*: « aut quid « si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? ». Secondo il Cod. civ. germ., § 723, capov. 1°, periodo 2, esiste in particolare un importante motivo per la disdetta, quando un altro socio, dolosamente o per grave negligenza, viola una sostanziale obbligazione che gl'incombe secondo il contratto di società, o se l'adempimento di una tale obbligazione diviene impossibile.

(12) Fr. 65, § 6, D. *h. t.*, 17, 2. PAULUS, libro 32 *ad edictum* [rip. sopra nota 10]. Pare che i moderni scrittori suppongano, che chi disdetta senza motivo, rimanga obbligato, ma non acquisti diritti dai negozi, che vengono ancora intrapresi durante il tempo stabilito nel contratto, e i quali, nel caso di continua-

Analoga regola vale per una società conchiusa a tempo indeterminato, nel caso di una disdetta dolosa, particolarmente per compiere per sè soltanto un negozio, che altrimenti sarebbe andato a profitto della società. Il disdettante deve, in tal caso, dividere col suo socio il guadagno derivante da quel negozio, ma sopportare da solo l'eventuale perdita (13-14).

Se la società è costituita da parecchi, essa finisce di fronte a tutti per la morte di un socio. La continuazione della società tra i rimanenti può però essere in tali casi convenuta (15).

---

zione della società, sarebbero andati in conto di questa. Ciò costituirebbe per chi disdetta una deplorabile condizione, che sgomenterebbe ognuno dall'impegnarsi in una società a tempo. Si starebbe pel corso di anni in balia di arbitrarie e pericolose operazioni del socio di una volta. Può darsi facilmente, che il giudice non ritenga in seguito un motivo come sufficiente a giustificare la disdetta, quando invece al disdettante apparve assai valido e stringente. Ciò sta anche contro un trattamento eccessivamente gravoso, anzi crudele, per chi disdetta anticipatamente. Ma di ciò non si faceva parola. La regola si riferisce ai negozi già in corso di esecuzione. Così si spiega il fr. 17, § 2. D. *h. t.*, 17, 2, dove si nega valore alla determinazione di un tempo per la società, poichè anche senza di quella una disdetta intempestivamente fatta rende responsabile. [Fr. cit.: « In societate « autem coeunda nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso iure societatis « intempestiva rinuntiatio in aestimationem venit »]. Secondo il Cod. civ. germ., § 723, capov. 2°, il socio, il quale, senza un importante motivo disdetta intempestivamente, deve risarcire agli altri soci il danno da ciò derivante.

(13) § 4, I. *h. t.*, 3, 25. [« Manet societas eo usque, donec in eodem consensu « perseveraverint: at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. sed « plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod « lucrum, solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres « esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, « cogitur hoc lucrum communicare: si quid vero aliud lucrificaret, quod non « captaverit, ad ipsum solum pertinet: ei vero, cui renuntiatum est quidquid « omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur »]. Come dolosa si considerava anche la disdetta ad un assente: cfr. fr. 17, § 1, D. *h. t.*, 17, 2. [« Si absenti renuntiata societas sit, quo ad is scierit, quod is adquisivit qui renun- « tiavit in commune redigi, detrimentum autem solius eius esse qui renuntiaverit: « sed quod absens adquisiit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum « commune esse »].

(14) Sulla disdetta del creditore di un socio, cfr. Cod. civ. germ., § 725. [« Se un creditore di un socio ha ottenuto la pegnorazione della quota del socio al patrimonio sociale, egli può disdettare la società senza osservanza di un termine di disdetta, quando il titolo dell'obbligazione non sia solo provvisoriamente esecutivo. — Finchè perdura la società, il creditore non può far valere i diritti del socio, che risultano dal rapporto di società, ad eccezione della pretesa alla quota di utili »].

(15) § 5, I., *h. t*, 3, 25; fr. 65, § 9, D. *h. t.*, 17, 2; Cod. civ. germ., § 736 [I testi citati sono riportati più sopra, nota 2; § 736 cit., nota 8]. Riguardo alla esclusione di un socio cfr. Cod. civ. germ., § 737. [» Se nel contratto di società è stabilito, che, nel caso che un socio disdetti, la società debba continuare tra gli altri soci,

SEZIONE II.

Le obbligazioni extracontrattuali.

Capitolo I.

Le obbligazioni *ex delicto* (1).

§ 129. — *A*) Generalità delle obbligazioni derivanti da delitto.

Azioni penali private esistevano in Roma sin dai tempi più antichi. Già le dodici tavole le conoscevano, per determinati delitti gravi, che per così dire colpiscono i sensi, contro le persone od il patrimonio,

---

colui, nella persona del quale si verifichi una circostanza, che secondo il § 723, capov. 1°, periodo 2°, autorizza gli altri soci alla disdetta, può essere escluso dalla società. Il diritto della esclusione compete agli altri soci in comune. L'esclusione segue mediante dichiarazione di fronte al socio da escludersi »]. La procura per la rappresentanza della società cessa con lo scioglimento di questa; la liquidazione degli affari della società deve avvenire per mezzo dei soci collettivamente, ovvero per mezzo di rappresentanti particolarmente incaricati di essa. Cfr. intorno alla liquidazione Cod. civ. germ., §§ 730-735. [§ 730: « Dopo lo scioglimento della società si procede, riguardo al patrimonio sociale, alla liquidazione tra i soci. — Per l'espletamento dei negozi pendenti, per le contrattazioni di nuovi negozi a ciò necessarie, come pure per la conservazione ed amministrazione del patrimonio sociale, la società si considera come perdurante, finchè lo richieda lo scopo della liquidazione. La facoltà però di amministrare, che compete ad un socio, secondo il contratto di società, si estingue, quando altrimenti non risulti dal contratto, con lo scioglimento della società; l'amministrazione, dallo scioglimento in poi, spetta in comune a tutti i soci ». § 731: « La liquidazione avviene, in mancanza di diversa convenzione, in conformità dei §§ 532 a 535. Nel rimanente valgono per la divisione le prescrizioni che riguardano la comunione »; § 732: Le cose, concesse in uso da un socio alla società, devono essere a lui restituite. Egli non può pretendere alcun risarcimento per un oggetto perito o deteriorato per caso fortuito »; § 733: « Dal patrimonio sociale debbono anzitutto pagarsi i debiti comuni, compresi quelli, che di fronte ai creditori sono divisi tra i soci, o pei quali gli altri soci sono tenuti come debitori verso un socio. Se un debito non sia ancora scaduto, o sia controverso, deve ritenersi quanto occorre pel pagamento di esso. — Dal patrimonio che resta, dopo il pagamento dei debiti, devono essere restituite le messe di fondi. Per quelle che non consisterono in danaro, deve restituirsi il valore che esse avevano al tempo del conferimento. Per le altre consistenti nella prestazione di servigi, o nella concessione dell'uso di una cosa, non può pretendersi un indennizzo. — Per il pagamento dei debiti e per la restituzione delle messe, il patrimonio sociale si deve, in quanto occorra, trasformare in denaro »: § 734: « Se dopo il pagamento dei debiti comuni, e la restituzione delle messe di fondi, sopravvanzi un residuo, questo spetta ai soci in proporzione delle loro quote

e cioè: pel furto, le lesioni personali, ed alcuni danni arrecati alle cose. Questi ultimi vennero puniti in modo più generale dalla *lex Aquilia*.

Particolarmente ricco di azioni penali era l'editto pretorio. In parte trattavasi di inasprimento delle antiche pene; tale era l'*actio vi bonorum raptorum*, a causa di sottrazioni e danneggiamenti delle cose con violenza (2). In parte si cercava di tener testa ai delitti raffinati, che prima non si erano conosciuti, od a cui non si era badato. Tale l'*actio de servo corrupto*, del padrone, per l'istigazione del suo schiavo al mal fare, diretta al doppio del suo danno interesse (3), ed analogamente del

---

sugli utili »; § 735: « Se il patrimonio sociale non basta pel pagamento dei debiti e per la restituzione delle messe, i soci devono rispondere per l'ammanco in quella proporzione, nella quale devono sopportare le perdite. Se da un socio non possa ottenersi il contributo, che a lui tocca, gli altri soci devono sopportare la deficienza nella medesima proporzione »].

(1) Savigny, *Dr. Obl,*, vol. II, pag. 293; Ihering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano* [Das Schuldmoment im römischen Privatrecht], pag. 58; Binding, *Le norme* [Normen], vol. I, parte I, pag. 213; Pernice, *Labeone*, 2ª edizione, vol. II, pag. 1 sgg.; Mommsen, *Diritto penale romano* [römisches Strafrecht], 1899, pag. 523 sgg.

(2) L'*actio vi bonorum raptorum* venne stabilita dal pretore Lucullo nell'anno 76 a. C. — Cfr. su di essa il Keller, *Semestria ad Ciceronem*, l. III, p. 541. Si stabiliva che « in quadruplo inest et rei persecutio ut poena tripli sit » : pr. I. *vi bonorum raptorum*, 4, 2. [« Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam « furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? « ideoque recte dictum est eum improbum furem esse): sed tamen propriam « actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum « raptorum et est intra annum quadrnpli, post annum simpli. quae actio utilis « est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit. quadruplum autem non « totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti « diximus: sed in quadruplo inest et rei persecutio, et poena tripli sit, sive com- « prehendatur raptor in ipso delicto sive non. ridiculum est enim levioris esse « condicionis eum qui vi rapit, quam qui clam amovet »]. L'*actio vi bonorum raptorum* concorreva con l'*actio furti* e con l'*actio legis Aquiliae*, di modo che trattavasi solo di un aggravamento di pena, nei casi di violenza. Quest'azione non ha più valore pratico nel diritto comune.

(3) Tit. *Dig.*, *de servo corrupto*, 11, 3; Cod. *de furtis et de servo corrupto*, 6, 2; Keller, *Istituzioni*, [Institutionen], pag. 151 [Tit. Dig. cit., fr. 1 pr., § 1, 2: « Ait praetor: ' qui servum servam alienum alienam recepisse persuasisseve quid « ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res « erit in duplum iudicium dabo '. Qui bona fide servum emit, hoc edicto non « tenebitur, quia nec ipse poterit servi corrupti agere, quia nihil eius interest « servum non corrumpi: et sane, si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio « servi corrupti competat, quod est absurdum. sed nec eum, cui bona fide homo « liber servit, hanc actionem posse exercere opinamur. Quod autem praetor ait « ' recepisse ', ita accipimus, si susceperit servum alienum ad se: et est proprie « recipere refugium abscondendi causa servo praestare vel in suo agro vel in « alieno loco aedificiove ». fr. 10, *h. t.*: « In hoc iudicium etiam rerum aestimatio « venit, quas secum servus abstulit, quia omne damnum duplatur, neque inter-

pater familias, per la corruzione del suo figlio *in potestate* (4); inoltre l'*actio de calumnia*, di chi fosse calunniosamente molestato con una lite giudiziaria, azione diretta al quadruplo, di ciò che il suo avversario

---

« erit, ad eum perlatae fuerint res an ad alium sive etiam consumptae sint: « etenim iustius est eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum quaeri, ad « quem res perlatae sunt ». fr. 11, *h. t.*: « Neratius ait postea furta facta in « aestimationem non venire. quam sententiam veram puto: nam et verba edicti « ' quanti ea res erit ' omne detrimentum recipiunt. Servo persuasi, ut chiro- « grafa debitorum corrumpat: videlicet tenebor. sed si consuetudine peccandi « postea et rationes ceteraque similia instrumenta subtraxerit vel interleverit « deleverit, dicendum erit corruptorem horum nomine non teneri. Quamvis autem « rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere « possumus, ope enim consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficiet « alterutra actione egisse, quia alteram non minuit, idem et in eo, qui servum « recepit et celavit et deteriorem fecit, Iulianus scribit: sunt enim diversa male- « ficia furis et eius qui deteriorem servum facit: hoc amplius et condictionis « nomine tenebitur. quamvis enim condictione hominem, poenam autem furti « actione consecutus sit, tamen et quod interest debebit consequi actione servi « corrupti », fr. 12: « quia manet reus obligatus etiam rebus redditis ». fr. 15, *h. t.*: « Corrumpitur animus servi et si persuadeatur ei, ut dominum contem- « neret ». fr. 17, *h. t.*: « Servi corrupti nomine et constante matrimonio « marito in mulierem datur actio, sed favore nuptiarum in simplum ». Tit. Cod. cit., c. 4: « Adversus eum dumtaxat, quem servum tuum sollicitasse dicis, « si eum deterioris animi fecit, servi corrupti agere potes. quod si sollicitatum « occultavit, etiam furti cum eo agere potes. quas actiones etiam per procura- « torem exercere minime prohiberis ». c. 20, *h. t.*: « Si quis servo alieno suaserit « aliquam rem domini sui subripere et ad se deducere, servus autem hoc domino « manifestaverit et domino concedente res eius ad iniquum huiusmodi suasionis « auctorem pertulerit, et ipse inventus fuerit rem detinere, quali tenetur actione « is qui res suscepit, utrumne pro occasione furti an pro servo, quia eum cor- « rumpere voluit, ut non solum furti, sed etiam servi corrupti is obligetur, veteres « dubitaverunt. Nobis itaque eorum altercationes decidentibus placuit non solum « furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dare. licet enim servus « deterior minime factus est, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis « servi introductum est: et quemadmodum secundum iuris regulas furtum quidem « non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini « voluntatem res eius contractat, ipse autem furti actione propter dolum suum « tenetur, ita et servi corrupti contra eum actio propter suum vitium non ab re « extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus « corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, « hoc facere pertemptet] ».

(4) Fr. 14, § 1, D. *de servo corrupto*, 11, 3. [fr. cit: §§ 1 e 2: « De filio « filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti consti- « tuta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse « dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente: sed utilis « competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum « nostrorum non corrumpi. Si servus communis meus et tuus proprium meum « servum corruperit, Sabinus non posse agi cum socio, perinde atque si proprius « meus servus corrupisset conservum. item si servus communis extraneum corru- « perit, videndum est, utrum cum duobus agi debeat an et cum singulis exemplo

si era fatto pagare da terzi, per intentargli il processo calunnioso (5-6), o di ciò che egli da sua parte avrebbe dovuto pagare per liberarsi dal processo calunnioso. La più importante era l'*actio de dolo*, con cui il pretore puniva ogni danneggiamento malevolo e doloso. Le azioni di delitto pretorie erano soggette in gran parte ad una breve prescrizione (7).

« ceterarum noxarum: et magis est, ut unusquisque in solidum teneatur, altero « autem solvente alterum liberari »]. In questa funzione l'azione è stata ricevuta, ma è diretta solo al semplice interesse. WINDSCHEID, volume II, § 456, nota 18. L'uso del foro la concedeva anche alla madre a causa dei suoi figli corrotti, al marito a causa della moglie corrotta, ai padroni a causa della corruzione dei loro domestici. GLÜK, vol. XI, pag. 319. Questa applicazione è giusta. Cfr. anche EISENBERGER, sull'*actio servi corrupti directa et utilis*. Dissertazione inaug. Univ. di Erlangen, 1889; Decisioni del Trib. Supremo per la Baviera, vol. XII, pag. 110.

(5) Tit. Dig., *de calumniatoribus*, 3, 6. [Tit. Dig. cit., fr. 1 pr., §§ 1, 2: « In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam « accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse « dicetur, post annum simpli in factum actio competit. Hoc autem iudicium non « solum in pecuniariis causis, sed et ad publica crimina pertinere Pomponius « scribit, maxime cum et lege repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum « aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit. Qui autem accepit pecuniam « sive ante iudicium sive post iudicium acceptum, tenetur ». fr. 3, §§ 2, 3, *h. t.*: « Hoc edicto tenetur etiam is qui depectus est: depectus autem dicitur turpiter « pactus. Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pate- « retur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit: sed ei dabitur petitio, « propter quem datum est ut calumnia ei fiat. quare si quis et a te pecuniam « accepit, ut mihi negotium faceret, et a me, ne mihi faceret, duobus iudiciis « mihi tenebitur ». fr. 4, 5 pr., *h. t.*: « Haec actio heredi quidem non competit, « quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam quam defunctus dedit repetere « potest: in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit. nam est con- « stitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur: « ut puta ob falsum vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extor- « quebitur et si quid aliud scelere quaesitum. § 1, *h. fragm.*: « Sed etiam praeter « hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur: nam « si et dantis, melior causa erit possidentis..... ». fr. 6: « Annus autem in per- « sonam quidem eius, qui dedit pecuniam ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, « ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. in illius vero personam, « cum quo ut agatur alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae « pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse: quia qui « nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. et verius est ex eo annum « numerari, ex quo cognovit ». fr. 9, *h. t.*: « De servo qui accusatur, si postu- « letur, quaestio habetur: quo absoluto in duplum pretium accusator domino « damnatur: sed et citra pretii aestimationem quaeritur de calumnia eius. sepa- « ratum est etenim calumnia crimen a damno quod in servo propter quaestionem « domino datum est »].

(6) Era questa un'azione penale pura. Un'applicazione di essa nel diritto comune era esclusa. Diversamente il WINDSCHEID, vol. II, § 471, nota 5; il quale però dell'azione romana fa un mezzo giuridico, secondo i principii, diverso da essa.

(7) Pr. I, *de perpetuis et tempor. act.* 4, 12. *Perpetua* era però tra l'altro l'*actio de servo corrupto*: fr. 13 pr. D. *de servo corrupto*, 11, 3 [pr. I cit.: « Hoc

Così si formò, mediante la legge e l'editto, una vasta cerchia di delitti privati, cioè di determinati falli dolosi od anche colposi, ai quali la norma del diritto collegava un'azione della parte lesa contro il colpevole, diretta all'espiazione ed al risarcimento (8).

Le azioni *ex delicto* avevano una doppia natura. Esse costituivano dei diritti privati, venivano esercitate per le vie del procedimento civile, ed erano in potere del creditore, talchè questi poteva liberamente disporre di esse, e nel risultato profittavano a lui. Ma esse avevano al tempo stesso un importante fine pubblico. Infatti avevano per iscopo la punizione del colpevole, e servivano in conseguenza di ciò ad integrare l'incompleto diritto pubblico penale dei romani.

Due punti di vista vengono insieme congiunti, che le spingono in vario senso. L'uno è la funzione della pena del danneggiante, l'altro quella di un risarcimento del danneggiato. La pena è l'elemento preponderante, ma già in Roma si fa valere lo scopo del risarcimento. Si distinguevano (9):

a) Azioni penali pure. In questo lo scopo dell'indennizzo non veniva in considerazione, o soltanto appena. Per esso vi erano altri rimedi giuridici. L'esempio principale è l'*actio furti*, in quanto accanto

---

« loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consulto « sive ex sacris costitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus com« petere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam personalibus actionibus « certos fines dederunt: eas vero, quae ex propria praetoris iurisdictione pendent, « plerumque intra annum vivere (nam et ipsius praetoris intra annum erat im« perium). aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, id est usque ad fiuem « constitutionibus introductum: quales sunt hae, quas bonorum possessori cete« risque qui heredis loco sunt accomodat. furti quoque manifesti actio, quamvis « ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum « enim esse existimavit anno eam terminari »; fr. 13 cit.: « Haec actio perpetua « est, non temporaria: et heredi ceterisque successoribus competit, in heredem « non dabitur, quia poenalis est »].

(8) Le azioni di delitto sono individualizzate, analogamente alle azioni contrattuali. Dev'esservi la particolare fattispecie, alla quale la norma giuridica congiunge l'azione di delitto. Ciò vale anche pel diritto comune. Veramente il WINDSCHEID, vol. II, § 326 (come pure HÖLDER, *Pandette*, § 59), sostiene, che « ogni fatto delittuoso, pel quale si cagioni un danno patrimoniale, genera un diritto di credito al risarcimento di questo danno ». Inoltre il diritto romano per determinati delitti concederebbe una pretesa ad una pena privata. Una motivazione di tale azione generale di danno non è stata però tentata dal Windscheid. Neanche può conciliarsi con la regola che il WINDSCHEID, vol. II, § 451, insegna, « che ognuno sia tenuto a risarcire solo il danno derivante dal proprio dolo, non quello derivante dalla propria colpa ». Sul Cod. civ. germ. cfr. LISZT, *Le obbligazioni di delitto nel Sistema del Cod. civ. germ.*, 1898 [Die Deliktsobligationen im Systeme des B. G. B.].

(9) Cfr. vol. I, § 130.

ad essa vi era la *condictio furtiva*. Anche l'*actio iniuriarum* appartiene qui essenzialmente.

b) Azioni penali miste, le quali mediante la pena pecuniaria da attribuirsi in favore del leso, dovevano insieme accordargli un risarcimento. Tali l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio doli*.

Che i concetti della pena e del risarcimento fossero già in Roma in una specie di lotta, ci mostra segnatamente il caso, in cui parecchi avessero insieme commesso lo stesso delitto. Se qui si parte dal concetto della pena, deve sorgere la « moltiplicazione » delle azioni, cioè ognuno deve pagare la pena ch' egli ha meritato, senza che la prestazione dell'uno liberi l'altro. Se si considera come obietto principale il risarcimento del leso, deve ammettersi solo una obbligazione solidale, cioè che la prestazione dell'uno liberi l'altro, poichè la parte lesa ottenne pieno risarcimento.

La moltiplicazione delle pretese contro più danneggiatori si mantenne in Roma nell'*actio legis Aquiliae*, malgrado che questa fosse azione penale mista; la semplice responsabilità solidale si stabilì invece nell'*actio doli* ed in molte altre azioni penali miste (10).

Pel diritto comune divenne esclusivamente decisivo il concetto del risarcimento (11). Ciò risulta da quanto segue:

a) Non vi sono più azioni penali pure. Certo l'*actio furti* e l'*actio iniuriarum* sono in parte conservate, ma solo in quanto anche in esse si contiene la funzione del risarcimento (12).

b) In tutte le azioni di delitto la piena prestazione dell'un danneggiatore libera gli altri coobbligati. Esse son tutte divenute obbligazioni solidali (13).

c) Nel modo più decisivo il mutamento si mostra nella ereditarietà.

Secondo il diritto romano l'erede del danneggiatore non succedeva

---

(10) Cfr. più sopra, § 72.

(11) Così pure secondo il Cod. civ. germ.; però nei limiti del § 847, anche per un danno, che non sia un danno patrimoniale, può essere preteso un equo risarcimento in danaro.

(12) Vedi su di ciò maggiori particolari più oltre, §§ 130, 137.

(13) Se si parte dal concetto, che il carattere penale nel diritto comune è scomparso, e che si ha solo per iscopo un risarcimento, si viene logicamente ad un altro passo: si deve cioè accordare a chi prese parte al delitto ed ha risarcito pienamente la persona lesa, un regresso contro il coobbligato. Questo regresso può invero fondarsi non già sulla comunanza del delitto, ma bensì sul pagamento liberatorio. — Unger, *L'azione a rischio proprio* [Handeln auf eigene Gefahr], pag. 25. Il § 840, capov. 1°, del Cod. civ. germ. sancisce: « Se più persone sono insieme responsabili pel danno derivante da un atto illecito, esse sono tenute..... come debitori solidali ».

nemmanco nelle azioni penali miste, poichè anche esse si consideravano come azioni penali. Ma la pena può colpire solo il colpevole personalmente (14). L'erede doveva dunque restituire solo l'arricchimento, che derivavagli dal delitto (15).

Pel diritto canonico, all'incontro, l'erede era illimitatamente tenuto al risarcimento, pei delitti del suo autore (16). Nel diritto comune ciò si è mantenuto solo fino alla concorrenza dell'ammontare della eredità.

L'essersi intentata l'azione contro il colpevole rende ereditaria la pretesa, come ogni altra pretesa patrimoniale (17).

§ 130. — *B*) **Il *furtum*** (1-2).

Il concetto romano del *furtum* è assai comprensivo. Invero l'opinione ancora sostenuta da Sabino, che un *furtum* potesse essere commesso anche su fondi, talchè ad esempio il fittavolo che avesse venduto il fondo preso in fitto, e tolto con ciò il possesso al locatore, poteva essere

---

(14) Fr. 22 in fine, D. *de operis novi nuntiatione*, 39, 1. [« Cui opus novum « nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit: debet heres « eius patientiam destruendi operis adversario praestare: nam et in restituendo « huiusmodi operae eius, qui contra edictum fecit, poena versatur, porro autem in « poenam heres non succedit »].

(15) Fr. 38, D. *de R. I.*, 50, 17: [« Sicuti poena ex delicto defuncti heres « teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset »].

(16) Cap. 5, X. *de raptoribus*, 5, 17: « Alexander III ...heredes eius moneas « et compellas, ut his quibus ille per incendium vel alio modo damna contra iusti- « tiam irrogaverat, iuxta facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato « valeat liberari ». Se più d'uno contestò la validità di questa prescrizione, non approvando il concetto del papa, che mediante la restituzione si sollecitasse la salute deil'anima del defunto, ciò era inattendibile, poichè la disposizione del legislatore deve rispettarsi, anche quando non se ne condividano i motivi. Cfr. Francke, *Contributi*, pag. 44. Come però siasi tuttavia dalla pratica introdotta la limitazione alle *vires hereditariae*, sull'esempio dei commentatori del diritto canonico, vedi il Francke, *loc. cit.*, pag. 48; Savigny, *loc. cit.*, vol. V, pag. 51 [pag. 60 della traduzione italiana dello Scialoja).

(17) Secondo il Cod. civ. germ. ha luogo la ereditarietà; nondimeno secondo il § 847 la pretesa al risarcimento di un danno, che non sia un danno patrimoniale, non è trasmissibile e non passa agli eredi, salvochè sia stata riconosciuta mediante contratto o sia divenuta pendente in giudizio.

(1) Tit. *Inst. de oblig. quae ex delicto*, 4, 1; Dig. *de furtis*, 47, 2; Cod. 6, 2; Paulus, Sent. II, Tit. 41.

(2) Collmann, *La sottrazione* [Die Entwendung], 1834; Wächter, nel *Lexicon giuridico* [Rechtslexicon] del Weiske, vol. III, pag. 354; Keller, *Istituzioni* [Institutionen], pag. 134; Mommsen, *Diritto penale romano* [Römisches Strafrecht] pag. 733.

convenuto per *furtum* (3), venne più tardi nettamente respinta (4). Ma ogni appropriazione contraria al diritto, per avidità di guadagno, di una cosa mobile, è *furtum* (5).

Questo dunque richiede:

a) L'appropriazione — *contrectatio* — di una cosa mobile (6).

---

(3) Gellius, *Noctes atticae*, XI, cap. 18.

(4) Gaius, *Inst.*, II, § 51; fr. 25 pr., § 1, D. *h. t.*, 47, 2. [Gai., *loc. cit.*: « Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex « negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo « tempore afuerit: quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit « usucapere possessor; et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est, « intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usu- « capionem nocet, cum inprobata sit eorum sententia qui putaverint furtivum « fundum fieri posse ». fr. 25 cit.: « Verum est, quod plerique probant, fundi « furti agi non posse. Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an con- « dici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici posses- « sionem, quemadmodum potest, re mobili subrepta »]. Mommsen, *loc. cit.*, p. 740, nota 2. Vedi però anche fr. 25, § 2, D. *eod.* Ulpianus, libro 41 *ad Sabinum*: « Eorum, quae de fundo tolluntur, ut puta arborum vel lapidum vel harenae vel « fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi posse nulla dubitatio est ». La presa di fiori, funghi, bacche e così via, senza avidità di guadagno, non costituisce delitto.

(5) Famosa è la definizione di Paolo, libro 39 *ad edictum*, fr. 1, § 3, D. *h. t.*, 47, 2: « Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius « rei vel etiam usus eius possessionisve ». Il Cod. civ. germ. non pone il concetto del furto, ma invece nel § 848 quello della sottrazione di una cosa mediante atto illecito. Cfr. su di ciò §§ 848-851. [§ 848: « Chi è tenuto alla restituzione di una cosa, ch' egli ha sottratta ad un altro mediante un atto illecito, è tenuto anche pel fortuito perimento, per la fortuita impossibilità della restituzione verificatasi per altro motivo, o pel fortuito deterioramento della cosa, salvochè il perimento, l'altra impossibilità della restituzione, od il deterioramento si sarebbero verificati anche senza la sottrazione ». § 849: « Se a causa della sottrazione di una cosa deve restituirsi il valore di essa, od a causa del danneggiamento la diminuzione di valore, la persona lesa può pretendere gl'interessi dell'ammontare che deve essere risarcito, dal momento posto a base della determinazione del valore ». § 850: « Se chi è tenuto alla restituzione di una cosa sottratta fa delle spese sulla cosa, gli competono di fronte al danneggiato i diritti, che spettano al possessore di fronte al proprietario a causa di spese ». § 851: « Se chi è tenuto al risarcimento del danno, a causa della sottrazione o del danneggiamento di una cosa mobile, presta tale risarcimento a colui, nel cui possesso si trovava la cosa al tempo della sottrazione o del danneggiamento, egli per effetto della prestazione è liberato anche allora, quando un terzo fosse proprietario della cosa, od avesse su di questa un altro diritto, salvochè egli conoscesse il diritto del terzo, o lo ignorasse in conseguenza di grave negligenza »].

(6) Il Windscheid, vol. II, § 452, nota 3, vuol rendere « *contrectatio* » con l'espressione « Behandlung » (trattamento) della cosa. Con ciò svanisce il concetto giuridico. Difficilmente si può considerare come *fur*, chi dolosamente dà troppo cibo ad un cavallo da corsa, per sorpassarlo nella corsa. E pur nondimeno ha avuto luogo un trattamento illecito del cavallo, per avidità di guadagno.

Un atto materiale riguardo alla cosa sottratta è indispensabile. Perciò la semplice negazione di un deposito per parte del depositario, nell'intenzione di tenere per sè la cosa depositata, non costituisce un *furtum* (7).

Non appartiene al concetto del *furtum* il togliere dall'altrui custodia, come pel furto secondo il Codice penale tedesco (8). Piuttosto è *furtum* anche la malversazione, cioè l'appropriazione di cosa altrui, che si abbia in possesso od in custodia (9), e il furto di cose trovate, cioè

---

(7) Fr. 1, §§ 1, 2, D. *h. t.*, 47, 2; fr. 52, § 19, fr. 68 pr., D. *h. t.*, 47, 2. [Fr. 1, §§ citt.: « Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. Sic is, qui « depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi « causa occultaverit ». fr. 52, § 19 cit.: « Neque verbo neque scriptura quis « furtum facit: hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. « quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio « est ». fr. 68 cit.: « Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum « est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur « intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dacty- « liotheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit »].

(8) Codice penale, § 242: [« Chi toglie ad un altro una cosa mobile non propria, con l'intenzione di appropriarsene illecitamente, è punito per furto... »].

(9) Fr. 43, § 1, fr. 52, § 7, fr. 68, fr. 72 pr., D. *h. t.*, 47, 2. [Fr. 43 cit.: « Falsus « procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius videndum esse ait, an « haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos « debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: « nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, « cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum « facit. quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum « furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo ». fr. 52, § 7 cit.: « Eum « creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, « si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror ». fr. 68 cit.: « ...Si tibi « subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre « eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur. Infans apud furem « adolevit: tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen fur- « tum est: ideoque dupli tenetur, quanti umquam apud eum plurimi fuit. nam « quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? « quippe, si subreptus furi foret ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam « si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. nec dubi- « taverim, quin adulescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. « et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter con- « tinuationem furti existimare? Cum servus inemptus factus sit, non posse « emptorem furti agere cum venditore ob id, quod is servus post emptionem, « antequam redderetur, subripuisset. Quod furi ipsi furtum fecerit furtivus servus, « eo nomine actionem cum domino furem habiturum placet, ne facinora talium « servorum non solum ipsis impunitatem, sed dominis quoque eorum quaestui « erunt: plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur. « Si colonus post lustrum conductionis anno amplius fructus invito domino per- « ceperit, videndum, ne messis et vindemiae furti cum eo agi possit. et mihi dubium « non videtur, quin fur et si consumpserit rem subreptam, repeti ea ab eo possit ».

l'appropriazione di oggetti perduti o gettati via in momenti di necessità (10). E persino l'accettazione scientemente fatta del pagamento di un debito inesistente, che chi paga riguarda erroneamente come esistente (11), come pure le alterazioni in un documento di debito, che privano il creditore del suo diritto, costituiscono un *furtum* (12).

---

fr. 72 cit.: « Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo « et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extin- « guitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur »]. Sul *furtum* del possessore di mala fede, cfr. LANDSBERG, 1888, contro PAMPALONI, nell'*Archivio giuridico*, XXVIII, 1882, e contro LANDSBERG di nuovo FERRINI, *Ivi*, vol. XXXXVII, pag. 423.

(10) Fr. 43, §§ 4-11, D. *h. t.*, 47, 2: [« Qui alienum quid iacens lucri faciendi « causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit: nihil enim « ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret. Quod si dominus id dere- « liquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim « furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat « Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam « derelinquimus. Sed si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non « tenetur. Sed si neque fuit neque putavit, iacens tamen tulit, non ut lucretur, « sed redditurus ei cuius fuit, non tenetur furti. Proinde videamus, si nescit cuius « esset, sic tamen tulit quasi redditurus ei qui desiderasset vel qui ostendisset « rem suam, an furti obligetur. et non puto obligari eum. solent plerique etiam « hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse se et redditurum ei qui « desideraverit: hi ergo ostendunt non furandi animo se fecisse. Quid ergo, si « εὕρετρα quae dicunt petat? nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat « aliquid. Si quis sponte rem iecit vel iactavit, non quasi pro derelicto habiturus, « tuque hanc rem tuleris, an furti tenearis. Celsus libro duodecimo digestorum « quaerit. et ait: si quidem putasti pro derelicto habitam, non teneris. quod si « non putasti, hic dubitari posse ait: et tamen magis defendit non teneri, quia, « inquit, res non intervertitur ei, qui eam sponte reiecit. Si iactum ex nave factum « alius tulerit, an furti teneatur? quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. « et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum « sciat periturum, qui invenit suum fecit nec furti tenetur. si vero non hoc animo, « sed hoc, ut, si salvum fuerit, haberet: ei qui invenit auferendum est, et si scit « hoc qui invenit et animo furandi tenet, furti tenetur. enimvero si hoc animo, « ut salvum faceret domino, furti non tenetur. quod si putans simpliciter iactatum, « furti similiter non tenetur »].

(11) Fr. 18, D. *de condictione furtiva*, 13, 1; fr. 81, §§ 5, 6, D. *de furtis*, 47, 2. [Fr. 18 cit.: « Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens « acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et « Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed « et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera con- « dictione altera tollitur ». fr. 81, §§ citt.: « Si Titius, cuius nomine pecuniam « perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum « gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit inde- « biti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non « inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. « quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furtum actio evanescit, quia « debitor liberatur. Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet,

Il delitto non consiste semplicemente nell'appropriazione della sostanza — *furtum rei* — come nel furto nel senso del diritto penale odierno, nelle malversazioni, e nel furto di cose trovate; ma anche l'usurpazione, per avidità di guadagno, di un uso (13), sul quale non si ha alcun diritto,

« si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem « alienum circumvenerit. quod aeque probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam « ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius »]. Sulle divergenti opinioni cfr. VANGEROW, vol. III, § 625, pag. 399.

(12) Fr. 27, § 3; ffr. 28-32; fr. 52, § 23, D. *h. t.*, 47, 2; fr. 41, § 1, D. *ad legem Aquiliam*, 9, 2. [Fr. 27 cit.: « Sed si quis non amovit huiusmodi instru« menta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis « Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrupit ». ffr. 28-32 citt.: « Sed si subripuit, « priusquam deleat, tanto tenetur, quanti domini interfuit non subripi: delendo « enim nihil ad poenam adicit. 29: Hoc amplius et ad exhibendum agi potest: et « interdicto quorum bonorum agi poterit, 30: si hereditariae tabulae delatae sint. « 31: Sed et si imaginem quis vel librum deleverit, et hic tenetur damno iniuriae, « quasi corruperit. Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius « aut subripuerit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et « de ceteris rebus publicis deque societatibus. 32: Quidam tabularum dumtaxat « aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia, si iudici, apud quem « furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum « iudicem eadem probare, apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio « probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius intersit. sed « potest post furtum factum tabulas nanctus esse actor, ut ex ea probet, quanti « sua interfuerit, si tabulas nanctus non esset. De lege Aquilia maior quaestio « est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si potest alias pro« bare, non patitur damnum. quid ergo, si forte pecuniam sub condicione credidit « et interim testium ei copia est, testimonio quorum probationem habeat, qui « possunt mori pendente condicione? aut puta me petisse creditum et, quia testes « et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem ami« sisse: nunc vero, cum furti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem cre« ditae pecuniae uti possum ». fr. 52, § 23 cit.: « Si quis servo meo persuaserit, « ut nomen suum ex instrumento puta emptionis tolleret, et Mela scripsit et ego « puto furti agendum ». fr. 41, § 1 cit.: « Interdum evenire Pomponius eleganter « ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut « puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: nam furti « non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit »].

(13) Per es. quando il depositario od il creditore pignoratizio adoperano ad uso proprio la cosa loro affidata, o quando il commodatario od il conduttore si servono della cosa concessa loro, in maniera non consentita dal contratto: § 6, I, *h. t.*, 4, 1 [« Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam « amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contractat. itaque « sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is « qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei « data est, furtum committit. veluti si quis argentum utendum acceperit quasi « amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum ge« standi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit. quod veteres scripserunt « de eo, qui in aciem equum perduxisset »]; W. CARL, *il* furtum usus, Diss. inaug. Univ. di Erlangen, 1891; PAMPALONI, *Furto di possesso e furto di uso*. *Studi senesi*, vol. X, pag. 77; vol. XI, pag. 145.

cade nel concetto di esso — *furtum usus* —; non meno l'appropriazione del semplice possesso da parte del proprietario della cosa — *furtum possessionis* —, per es., se egli toglie la cosa data in pegno al creditore pignoratizio (14).

b) Indispensabile è inoltre l'intenzione avida del guadagno: *animus lucri faciendi* (15).

Essa non è condizionata all'intenzione di arricchirsi durevolmente. Chi perciò si appropria una cosa per donarla è un *fur* (16).

Tale però non è, chi tolga una cosa per distruggerla (17).

---

(14) § 10 e § 15, I. *h. t.*, 4, 1 [§ 10 cit.: Aliquando autem etiam suae rei « quisque furtum commitit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa « dedit subtraxerit »; § 15 cit.: « Item si fullo polienda curandave aut sarci- « nator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse « furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest eam rem non « perire, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. « sed et bonae fidei emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, « omnino competit furti actio, quemadmodum et creditori. fulloni vero et sarci- « natori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sint, hoc est si « domino rei aestimationem solvere possint: nam si solvendo non sunt, tunc « quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti actio com- « petit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. idem est et si in parte « solvendo sint fullo aut sarcinator »]. Così la opinione dominante, ed esatta, intende il *furtum possessionis*, di cui parla PAOLO, nel fr. 1, § 3, D. *h. t.*, 47, 2 sopra riportato alla nota 5. Veramente TEOFILO, al § 1, *h. t.*, riferisce quella espressione ai casi dell'appropriazione indebita. In ciò accederono a lui il MAREZOLL nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. VIII. pag. 284, ed il BUCHHOLZ, *Monografie giuridiche* [Juristische Abhandlungen], pag. 323. Ma Teofilo evidentemente erra; chi sottrae non toglie la « *possessio* », ma la stessa sostanza, la » *res* ».

(15) Fr. 55, § 1, D. *h. t.*, 47, 2 « Species enim lucri est ex alieno largiri et « beneficii debitorem sibi adquirere ». Diversamente il GEBAUER, *Sulla protezione giuridica penale riguardo agli oggetti senza valore* [Ueber den strafrechtlichen Schutz wertloser Gegenstände]; Diss. inaug. Univ. di Breslavia, 1892, §§ 6, 7. Il Codice penale germanico, riguardo al furto, § 242, e riguardo all'appropriazione indebita, § 246, prescinde dall'avidità di guadagno. Così pure il Cod. civ. germ., § 849. Cfr. però vol. I, § 125, nota 13.

(16) Fr. 52, § 13, D. *h. t.* Vedi anche fr. 39 e fr 83, § 2, D. *h. t.*, 47, 2 [fr. 52, § 13 cit.: « Si quis de manu alicuius nummos aureos vel argenteos vel « aliam rem excusserit, ita furti tenetur, si ideo fecit, ut alius tolleret, isque « sustulerit »; fr. 39 cit.: « Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit « quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: « causa autem faciendi libido fuit, non furtum, et ideo etiam eum, qui fores mere- « tricis effregit libidinis causa, et fures non ab eo inducti, sed alias ingressi me- « retricis res egesserunt, furti non teneri: an tamen vel Fabia teneatur, qui sub- « pressit scortum libidinis causa? et non puto teneri, et ita etiam ex facto, cum « incidisset, dixi: hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti « ignominiam compensat, certe fur non est »; fr. 83, § 2 cit.: « Qui ancillam « non meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur et, si sub- « pressit, poena legis Fabiae coercetur »].

(17) Cfr. più giù, § 131, nota 5 e 6.

A causa del *furtum* vi erano due specie d'azioni:

1. L'*actio furti*, azione di delitto, che ha le sue radici nelle leggi delle dodici tavole (18).

Essa era diretta ad una pena privata, il cui ammontare era diverso nel *furtum manifestum* e nel *furtum nec manifestum*. *Manifestum* era il furto, se il ladro veniva colto in flagranza ovvero subito dopo, prima che egli avesse potuto portare la cosa rubata nel suo più prossimo luogo di rifugio; *nec manifestum*, negli altri casi. Nel *furtum nec manifestum* dovevasi prestare il doppio, nel *manifestum* il quadruplo del danno interesse dell'attore (19).

---

(18) GAIUS, *Inst.* III, §§ 184 sqq.; GELLIUS, *Noctes atticae*, XI, cap. 18 (GAI, *loc. cit.*, 184: « Manifestum furtum quidam id esse dixerunt quod dum fit de« prehenditur. alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur ubi fit: veluti si in « oliveto olivarum in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto « aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur « sit. alii adhuc ulterius, eousque manifestum furtum esse dixerunt, donec per« ferret eo quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem « fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia « qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum « manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, « utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit. quod eo « pertinet, quia saepe in aliis civitatibus surreptas res in alias civitates vel in « alias provincias destinat fur perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus « alterutra adprobatur: magis tamen plerique posteriorem probant ». § 185: « Nec « manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur: nam quod mani« festum non est, id nec manifestum est »; § 186: « Conceptum furtum dicitur, « cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit: « nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur « concepti »; § 187: « Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo « oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente data tibi fuerit, ut « apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur. nam tibi, apud quem « concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta « est actio, quae appellatur oblati »; § 188: « Est etiam prohibiti furti actio « adversus eum qui furtum quaerere volentem prohibuerit »; § 189: « Poena « manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addi« cebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, « an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant; in servum aeque verbe« ratum animadvertebatur. sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex « servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est »; § 190: « Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur; « eamque etiam praetor conservat »; § 191: « Concepti et oblati poena ex lege « XII tabularum tripli est; eaque similiter a Praetore servatur »; § 192: « Prohi« biti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta; lex autem eo nomine nullam « poenam constituit: hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, « licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum mani« festum esse »].

(19) Sulla formula dell'*actio furti nec manifesti*, cfr. segnatamente il LENEL, *Edictum*, pag. 259. Secondo la sua esposizione non devono esser poste in dubbio

L'*actio furti* competeva ad ognuno, interessato nel furto, cioè ad ognuno che dal furto venne danneggiato, quindi non già semplicemente al proprietario della cosa rubata (20).

2. Accanto ad essa il proprietario della cosa rubata aveva la *condictio furtiva*, per la restituzione della cosa, contro colui che l'aveva sottratta. Essa non era azione penale, ma era invece diretta alla restituzione ed al risarcimento.

---

le seguenti parole della formula: « si paret Aulo Agerio a Numerio Negidio opeve « consilio Numerii Negidii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem « Numerium Negidium pro fure damnum decidere oportet . GAIUS, *Inst.*, IV, § 37 ». È problematica la redazione della *condemnatio* che seguiva. [GAI., *loc. cit.*: « Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, « quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actio- « nem etiam ad peregrinum extendi, veluti si furti agat peregrinus aut cum eo « agatur; in eum formula ita concipitur: IUDEX ESTO. SI PARET OPE CONSILIOVE « DIONIS AC HERMAEI FILII (LUCIO) TITIO FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM « OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et « reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur. similiter si ex « lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate « romana iudicium datur »].

(20) Ffr. 10-15, D. *h. t.*, 47, 2. [10: « Cuius interfuit non subripi, is actio- « nem furti habet ». 11: « Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta « causa interest ». 12: « ... sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis « interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit: sed nemo de « inprobitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non « etiam malae fidei furti actio datur. Sed et si res pignori data sit, creditori « quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo « non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque domi- « num furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, « et sic fit, ut non teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque « interest. .. ». 13: « Is, cui ex stipulatu res debetur, furti actionem non habet, « si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret ». 14: « Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc « venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit « emptori furti actionem et condictionem et vindicationem, et si quid ex his « actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia « vera est, et ita et Iulianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, « dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. Adeo autem emptor « ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subri- « piendo rem emptor furti teneatur. et Iulianus libro vicensimo tertio digestorum « scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto « pretio subripuerit, furti actione non tenetur. plane si antequam pecuniam sol- « veret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset. « Praeterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia interest « eorum. Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actio- « nem. et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti « actionem: quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam « quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem... « Item Pomponius libro decimo ex Sabino scripsit, si is cui commodavi dolo

Finchè si stende il campo della *condictio furtiva*, l'*actio furti* è azione penale pura (21). Ma l'*actio furti* aveva, oltre al suo carattere penale, lo scopo del risarcimento in quei casi, in cui accanto ad essa non stesse una *condictio furtiva* a favore del danneggiato. In quanto essa mirava ad una pena privata, non vale nel diritto comune; in quanto poi aveva per iscopo il risarcimento, ha conservato ancora valore pratico. Era perciò ancora concesso che s'intentasse:

a) Da parte del proprietario della cosa rubata, contro gl'instigatori ed i cooperatori del furto (22).

b) Da parte di tutti gli altri, interessati nel furto, contro il ladro ed i suoi correi (23).

« fecerit circa rem commodatam, agere eum furti non posse. Idem Pomponius « probat et in eo, qui rem mandato alicuius accepit perferendam. An pater, cuius « filio commodata res est, furti actionem habet, quaeritur. et Iulianus ait patrem « hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, « is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. « neque enim, inquit, is, cuiuscumque interest rem non perire, habet furti « actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam « sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat. Is qui precario « servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et cum « non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et « interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post « interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere « posse. Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius « subrepta sit res. Si filius familias subreptus sit, patrem habere furti actionem « palam est. Si res commodata est et is cui commodata est decesserit: quamvis « hereditati furtum fieri non possit et ideo nec heres eius cui commodata est « possit agere, tamen commodator poterit furti agere: idemque et in re pignerata vel in re locata. licet enim hereditati furti actio non adquiratur, tamen « alii, cuius interest, adquiritur. ... et puto omnibus, quorum periculo res alienae « sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, « omnibus furti actiones competere: condictio autem ei demum competit, qui « dominium habet ». Il seguito al § 37, nota 9; fr. 15: « Creditoris, cuius pignus « subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere « potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit. « Dominus, qui rem subripuit, in qua usus fructus alienus est, furti usufructuario « tenetur ». Continua al § 90, nota 15].

(21) L'*actio furti* in origine, accanto alla pena, perseguiva nel tempo stesso il risarcimento del danno, come risulta dalla *intentio* dell'azione, sopra riferita alla nota 19. Però al derubato non venne di certo mai negata, insieme con essa, la *vindicatio* della cosa a lui sottratta. Ma sin dagli ultimi secoli della repubblica si ammise in favore del proprietario anche la *condictio* furtiva. Fin quanto si estendeva il campo di questa, l'*actio furti* divenne azione penale pura.

(22) Cfr. del resto fr. 6, D. *de condictione furtiva*, 13, 1, cfr. più giù § 139, nota 6.

(23) Cfr. fr. 83, § 1, D. *h. t.*, 47, 2 [« Frugibus ex fundo subreptis tam « colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi »].

C). L'azione penale pei danni arrecati alle cose, e rimedi giuridici affini.

§ 131. — Danneggiamento colposo (1).

La *lex Aquilia*, plebiscito rogato da un tribuno Aquilio, al tempo della terza secessione della plebe (2), stabiliva:

a) nel primo capitolo: chi a torto uccide uno schiavo od un quadrupede, sia condannato a dare al proprietario tanto danaro, quanto corrisponde al più alto valore di essi nell'ultimo anno; e

b) nel terzo capitolo: chi nelle altre cose avesse ingiustamente danneggiato un altro, con incendio, rottura o guasto, sia condannato a corrispondere al proprietario, tanto danaro, quanto fu il valore della cosa danneggiata negli ultimi trenta giorni (3).

---

(1) Tit. Inst. *de lege Aquilia,* 4, 3. Dig. *ad legem Aquiliam,* 9, 2. Cod. *de lege Aquilia*, 3, 35. Suarez de Mendoza, *Ad legem Aquiliam* in Meerman, *Thesaurus*, II, pag. 1; Noodt, *Ad legem Aquiliam,* Opera I, pag. 137; A. Pernice, *Per la teoria dei danni recati alle cose* [Zur Lehre von den Sachbeschädigungen], 1867; Grueber, *The Roman law of damage to property, a commentary on the title of the Digest ad legem Aquiliam*, London, 1886; V. Thur, *Per la stima del danno nella* lex Aquilia [Zur Schätzung des Schadens in der *l. A.*], Basilea, 1892.

(2) Theophilus, IV, 3, § 15. Cfr. Pernice, *loc. cit.*, pag. 18.

(3) Pernice, *loc. cit.*, pag. 15 restituisce il cap. 1: « Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti ea « res in eo anno plurimi fuerit, tantum aes ero dare damnas esto ». Cap. 3: « Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit iniuria, « quanti ea res fuerit in XXX diebus proximis, tantum aes ero dare damnas « esto ». Ciò secondo i ffr. 2, pr. e 27, § 5, D. *h. t.*, 9, 2, come pure secondo Gaio, *Inst.*, III, §§ 210, 217 e 218. [fr. 2 cit.: « Lege Aquilia capite primo « cavetur: ' ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecu- « dem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino « damnas esto' ». fr. 27, § 5: « Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: « ' Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum « faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta « proximis, tantum aes domino dare damnas esto' ». Gai, § 210 cit.: « Damni « iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam. cuius primo capite cautum est, « ut si quis hominem alienum, alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit « iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare « damnetur ». § 217 cit.: « Capite tertio de omni cetero damno cavetur. itaque « si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, « sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem, aut feram « bestiam veluti ursum, leonem vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio consti- « tuitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent, « damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum « aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur; quamquam potuerit sola rupti « appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intellegitur quod quoquo

Da ciò la giurisprudenza romana, allargando e raffinando, ha svolto il delitto del danneggiamento delle cose, *damnum iniuria datum*. L'allargamento avvenne per via di azioni analoghe — *actiones utiles* — e propriamente, in principal modo, nella figura di *formulae in factum* (4).

« modo corruptum est. unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa « et conlisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta « hoc verbo continentur ». § 218 cit.: « Hoc tamen capite non quanti in eo anno, « sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum « dederit; ac ne « plurimi » quidem verbum adicitur: et ideo quidam putaverunt « liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo « plurimi res fuerit, vel ad id quo minoris fuerit. sed Sabino placuit proinde « habendum ac si etiam hac parte « plurimi » verbum adiectum esset: nam legis « latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset »]. — Il secondo capitolo della legge trattava un altro oggetto; concedeva cioè un' azione contro l'*adstipulator*, « qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit ». Ciò può essere stato un emendamento, che il tribuno della plebe si vide costretto ad accogliere nella sua rogazione.

(4) Le azioni concesse in connessione alla *lex Aquilia* vengono ora designate come *actiones* « utiles », ora come *actiones* « in factum », e propriamente senza differenza dei casi. Ciò sin dai tempi antichi ha recato sorpresa, ma senza fondamento. *Actiones utiles* erano dette quelle che venivano accordate « in analogia » della *lex Aquilia* — cfr. vol. I, § 128, nota 7. Ma esse non erano di regola, come l'*actio directa legis Aquiliae*, « in ius conceptae », ma piuttosto « in factum »: cfr. Gaius, *Inst.*, IV, §§ 45 sqq. Per tale ragione non meno frequentemente si fa parola di « actiones in factum ». Che in un caso particolare — Gaius, IV, § 37 — si fosse accordata un'*actio ficticia*, in analogia alle azioni aquiliane, non sta con ciò in contraddizione. [Gaius, § 37 cit.: « Item civitas Romana peregrino « fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus « actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum « extendi, veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur; in eum formula « ita concipitur: ' iudex esto. si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii Lucio « Titio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus « esset, pro fure damnum decidere oporteret ' et reliqua. item si peregrinus furti « agat, civitas ei romana fingitur. similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni « iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate romana iudicium datur »]. Sorprendente è solo il § 16, Inst. *h. t.*, 4, 3, che pone in contrapposto l'*actio utilis* e l'*actio in factum*, ed assegna loro casi diversi. Questo testo è tolto nel suo principio da Gaio, *Inst.*, III, § 219, e svolge, appoggiandosi ad esso, il concetto, che per la *directa actio* si richieda un danneggiamento immediato « corpore », e che quindi, se il danno venne prodotto in altra guisa, debbano accordarsi *actiones utiles*. [§ cit.: « Ceterum placuit ita demum ex hac lege actionem esse, « si quis praecipue corpore suo damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo « damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum « aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer « egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut « si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum de- « scenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte « corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de « ponte aut ripa in flumen deiecerit et is suffocatus fuerit, eo quod proiecerit « corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque ipsa lege

Pel contenuto di fatto del delitto occorre:

a) Il danneggiamento della cosa — *damnum corpori datum*. Esso consiste nella distruzione o nella lesione corporale. Son parificate la sottrazione di cose, senza fisica distruzione, per es., col far cadere del danaro dalla mano di altra persona, in modo che questa non possa più riaverlo (5); così pure l'alterazione di cose senza la corporea lesione di esse, come ad esempio la mescolanza di semi di biade con semi di erbe nocive (6).

« Aquilia tenetur »]. Dopo di ciò il testo delle *Istituzioni*, senza più l'appoggio di Gaio, continua: se il danneggiamento non consistette nella lesione di un *corpus*, ma in altro, per es., nella liberazione di uno schiavo legato, che fugge, non è più sufficiente nè l'*actio directa*, nè la *utilis*, ma bensì si è allora rimandati all'*actio in factum*. [« Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus « laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque « directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione « teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, « ut fugeret »]. Questa aggiunta sta in aspro contrapposto con le manifestazioni dei giuristi classici, che, come si è detto, danno l'*actio in factum*, quando l'analogia della *lex Aquilia* giustifichi un' azione. Come si spiega tale aggiunzione? Probabilmente essa era una glossa alle *Istituzioni* di Gaio, di un tempo, in cui non si aveva più alcun concetto dell'antico sistema delle azioni. Allora potè accadere, che un maestro di diritto, il quale riguardo alla *lex Aquilia* molto aveva letto di *actio in factum*, avesse così per conto suo accomodato la cosa, nella spiegazione delle *Istituzioni* di Gaio. Ciò sembrò acuto ed elegante, malgrado fosse errato, ed attestasse una solenne imperizia. Dai compilatori delle *Istituzioni* venne allora accettato questo fior di sapienza. Altri concetti hanno il Pernice, *loc. cit.*, pag. 144, ed il Lenel, *Edictum*, pag. 160. Del resto deve rilevarsi, che nell'*actio utilis legis Aquiliae*, ed in particolare in quella accordata nella figura dell'*actio in factum*, trovava applicazione lo speciale computo del danno della *lex Aquilia*, e la regola « lis infitiando crescit in duplum »: fr. 12, D. *h. t*, 9, 2; c. 5 Cod. *h. t.*, 3, 35. [fr. 12 cit.: « Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum « vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum « legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni « in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit ». c. 5 cit.: « De « pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necata sunt vel interfecta, « legis Aquiliae actione in duplum agere potes »].

(5) Fr. 27, § 21, D. *h. t.*, 9, 2. [« Si quis de manu mihi nummos excusserit, « Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem « pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si « ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis « placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait »]. Trib. Imp., vol. XL, pag. 205.

(6) Fr. 27, §§ 14, 20, D. *h. t.*, 9, 2 [§ 14 cit.: « Et ideo Celsus quaerit, « si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, « non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, « colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum « debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam « species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum « habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit ».

b) La colpa, e propriamente basta una colpa lieve — *culpa levis* (7).

Chi senza colpa cagiona un danno, non è dunque tenuto al risarcimento (8).

Non rendono quindi responsabile i danni arrecati in uno stato di necessità scevro di colpa, per la custodia di legittimi interessi (9).

---

§ 20 cit.: « Item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis « separatio sit, quasi de corrupto agi poterit »].

(7) Fr. 44 pr., D. *h. t*, 9, 2. Ulpianus, libro 42, *ad Sabinum*: « In lege « Aquilia et levissima culpa venit »; cfr. fr. 31, D. *eod.* [« Si putator ex arbore « ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, « si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed « Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam « autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum « denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem « non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque « per privata loca vulgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat « praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa « ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis « transiturus sit »].

(8) Fr. 3, fr. 4 pr., D. *h. t.*, 9, 2: cfr. vol. I, § 125, nota 12. [fr. 3 cit.: « Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet. « iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet « iniuria id esse factum ». fr. 4 cit.: « Itaque si servum tuum latronem insi- « diantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio « permittit se defendere »]. Cfr. inoltre Unger, negli *Annali di* Ihering, vol. XXX, pag. 376.

(9) Fr. 29, § 3, D. *h. t.*, 9, 2. Ulpianus, libro 18, *ad edictum*: « Item Labeo « scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et « nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare « se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia « piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nau- « tarum id factum esset, lege Aquilia agendum ». Ciò ha avuto una notevole applicazione nel caso deciso dal Trib. Imp., vol. V, pag. 161. Cfr. Tuhr, *Sullo stato di necessità nel diritto civile* [Ueber den Nothstand im Civilrecht], Dissertazione per abilitazione, Heidelberg, 1888; *Rivista di Amministrazione e di Giurisprudenza* nell'Oldenburg, vol. XVII, pag. 357; Pernice, *Labeone*, vol. II, 2ª ediz., pag. 66 Moderni scrittori si decidono in preponderanza nel senso, che si sia invero autorizzati, per scongiurare un pericolo rilevantemente più grave, a danneggiare o a distruggere cose altrui, ma contro l'obbligo al risarcimento del danno. Così sorse quasi all'ultima ora il § 904 del Cod. civ. germ.: « Il proprietario di una cosa non è autorizzato a vietare l'azione altrui sulla cosa, quando l'azione sia necessaria a scongiurare un pericolo presente, ed il danno sovrastante sia sproporzionatamente grande. Il proprietario può richiedere il risarcimento del danno derivatogli ». Cfr. però anche il § 228. [« Chi danneggia o distrugge una cosa altrui, per rimuovere da sè o da un altro un pericolo da essa minacciato, non opera contrariamente al diritto, quando il danneggiamento o la distruzione siano necessari a prevenire il pericolo, ed il danno non sia sproporzionato al pericolo. Se chi agisce ha colpa nel pericolo, è tenuto al risarcimento del danno »].

Secondo il più antico concetto romano si richiedeva il danneggiamento immediato, mediante un atto materiale — *corpore*, — e quindi un nesso causale visibile; ma secondo il diritto progredito basta ogni colposo cagionamento del danno, per es., la morte per aver propinato del veleno, invece del farmaco richiesto (10).

Molti moderni richiedono il danneggiamento mediante un fatto positivo, ma a torto. Anche una omissione colposa obbliga aquilianamente. Ma certo le omissioni costituiscono una colpa solo sotto particolari presupposti (11).

---

(10) Che l'antica giurisprudenza romana richiedesse per l'*actio legis Aquiliae* un *damnum corpore datum*, non era, come per lo più si afferma, conseguenza di una interpretazione letterale della legge. Questa, infatti, non si pronunzia sul come debba essere avvenuta l' uccisione o la lesione contrariamente al diritto. Trattavasi di un concetto più profondo. L' antica giurisprudenza richiedeva, che il nesso causale si presentasse visibilmente, e rifiutava al riguardo una più minuta indagine. Perciò il *damum* doveva essere « *corpore* » *datum*. Non era possibile, che la giurisprudenza progredita si accontentasse di ciò. Ogni nesso causale dimostrabile doveva per essa essere sufficiente: perciò già LABEONE, fr. 9 pr., D. *h. t.*, 9, 2, dichiara responsabile chi colposamente *mortis causam praestitit*. Solamente di fronte all' antica regola di diritto, tramandata per tradizione, si era costretti, nel danneggiamento indiretto, ad appigliarsi ad un'*actio utilis*. [fr. 9 cit.: « Item « si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, « si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit ut sibi « mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis « enim causam mortis praestitit quam occidit »]. — Sulla dimostrazione del nesso causale tra l'inavvertenza ed il danno cfr. Trib. Imp., vol. X, pag. 141.

(11) Per la regola, che l'azione aquiliana non competa per un danno cagionato da semplici omissioni, si suole appoggiarsi — cfr. VANGEROW, vol. III, § 681, pag. 582 — segnatamente al fr. 13, § 2, D. *de usu fructu*, 7, 1. [« De praete« ritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi « aut clam, ut Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec « non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid com« miserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum « competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae « actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur: nam qui agrum non pro« scindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege « Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt »]. Qui Ulpiano dichiara necessaria la *cautio usufructuaria* dell'usufruttuario, poichè vi sarebbero dei casi nei quali l'*actio legis Aquiliae* non troverebbe posto, « nam qui agrum non pro« scindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege « Aquilia non tenetur ». Ma ciò non prova nulla. Coltivare i fondi altrui, e tenerli in buono stato non è naturalmente in sè un nostro dovere. Perciò tale obbligo doveva essere dall' usufruttuario particolarmente assunto nel contratto. Come si può da ciò dedurre, che in generale non si divenga responsabile aquilianamente per le omissioni? Il contrario specialmente risulta dai fr. 8 pr., 27, § 9, D. *h. t.*, 9, 2. Infatti qui viene ammessa l'azione aquiliana quando un chirurgo esegue un' operazione per sè giustificata, e tralascia colposamente la cura ulteriore, ed inoltre quando venne acceso il fuoco in una fornace, e la stessa persona che l'accese,

Per ciò che si riferisce all'azione da intentarsi, valgono i seguenti principii:

a) Secondo la stessa *lex Aquilia* era autorizzato ad agire soltanto il proprietario della cosa danneggiata (12). Ma anche chi vantava diritti reali su di essa, particolarmente gli usufruttuari, i creditori pignoratizi (13), come pure i possessori di buona fede (14), ottennero

---

od altra cui incombeva la custodia, l'avessero trascurata, e in conseguenza di ciò la casa si fosse incendiata. [fr. 8 cit.: « Idem iuris est, si medicamento perperam usus « fuerit. sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed « culpae reus intellegitur ». fr. 27, § 9: « Si fornicarius servus coloni ad for- « nacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum « praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit: ceterum si alius « ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit, an tenebitur qui subie- « cerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: « quid ergo est? puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem « obdormivit quam in eum qui neglegenter custodit, nec quisquam dixerit in eo « qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel « ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur »]. Il Windscheid, vol. II, § 455, num. 2, ricava da questi testi, che « l'omissione obblighi solo, quando il « fare » venga imposto da una precedente o concomitante attività ». Nulla trovasi però nelle fonti di questo « solo ». Invece la responsabilità aquiliana si verifica anche allora, quando colposamente si trasgredirono precetti generali, disposti per la protezione del pubblico, talchè l'omissione ebbe per conseguenza danneggiamenti di cose. Ciò vale principalmente per le pubbliche sanzioni penali contro le omissioni. Chi per es. non osserva il § 367, n. 12 del Codice penale germanico, pel quale nei luoghi dove praticano delle persone devono custodirsi i fossi e le aperture, diviene obbligato al risarcimento del danno verso la persona da ciò danneggiata. Cfr. Trib. Imp., vol. XI, pag. 426, Seuffert, *Arch.*, vol. XLVI, n. 17, vol. XLVII, n. 196, *Giornale per l'applicazione del diritto*, vol. LVII, pag. 267.

(12) Fr. 11, §§ 6, 7, D. *h. t.*, 9, 2; cfr. Pernice, *loc. cit.*, pag. 183. [fr. cit.: « Legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino. Si in eo homine, « quem tibi redhibiturus essem, damnum iniuria datum esset, Iulianus ait legis « Aquiliae actionem mihi competere meque, cum coepero redhibere, tibi resti- « tuturum »].

(13) Fr. 11, § 10; ffr. 12-17; fr. 30, § 1, D. *h. t.*, 9, 2. [« fr. 11, § 10 cit.: « An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: « et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum ». fr. 12: « Sed et si « proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usu fructus meus « est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione « usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum « usus fructus meus fuit ». fr. 13: « Liber homo suo nomine utilem Aquiliae « habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum « suorum nemo videtur. fugitivi autem nomine dominus habet. Iulianus scribit, « si homo liber bona fide mihi serviat, ipsum lege Aquilia mihi teneri. Si servus « hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit « huius servi. et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse: dominus « ergo hereditas habebitur. quare adita hereditate heres poterit experiri. Si servus « legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem « legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum: quod si repudiavit, con-

l'azione *utiliter*; così pure, chi aveva sulla cosa solo delle pretese obbligatorie, se veniva pregiudicato dal danneggiamento, e non potesse in altra guisa ottenere un indennizzo (15).

« sequens esse ait Iulianus dicere, heredi competere ». fr. 14: « Sed si ipso heres « eum occiderit, dictum est dandam in eum legatario actionem ». fr. 15: « Huic « scripturae consequens est dicere, ut, si ante aditam hereditatem occidatur legatus « servus, apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem adquisita. quod « si vulneratus sit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remansit, « sed cedere ea legatario heredem oportet. Si servus vulneratus mortifere postea « ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, « sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, « quasi de occiso agi posse Iulianus ait. haec ita tam varie, quia verum est eum « a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in « superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. sed si vulneratum mor- « tifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere « Aquilia non posse, » fr. 16: « quia in eum casum res pervenit, a quo inci- « pere non potest ». fr. 17: « Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei « possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur ». fr. 30, « § 1 cit.: « Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et « creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non « sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino « et creditori eum teneri. nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniu- « riam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius con- « secuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit in debito, debitori « dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio « propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque admodum « debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in « id quod debitum excedit competit Aquiliae actio »]. DERNBURG, *Diritto di pegno* [Pfandrecht], vol. II, pag. 402. GRUEBER, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXV, pag. 303.

(14) Fr. 11, § 8; fr. 17, D. *h. t.*, 9, 2. [fr 11, § 8 cit.: « Sed si servus « bona fide alicui serviat, an competit Aquiliae actio? et magis in factum « actio erit danda »].

(15) Chi riguardo alla cosa danneggiata abbia solo un diritto obbligatorio, non può, secondo l'opinione dominante, agire con l'*actio legis Aquiliae*: fr. 11, § 9, D. *h. t.*, 9, 2, inoltre arg. fr. 18, § 5, D *de dolo*, 4, 3 e fr. 13, § 12, D. *de a. e. v.*, 19, 1. [fr. 11, § 9 cit.: « Eum, cui vestimenta commodata sunt, non « posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam com- « petere ». fr. 18, § 5 cit.: « Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occi- « derit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a « me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur ». fr. 13, § 12 cit.: « Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, « damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod « vi aut clam »]. Unica eccezione dev' essere, che il fittuario può agire aquilia- « namente, quando vengano danneggiati i frutti pendenti nel fondo: fr. 27, § 14. D. *h. t.*, 9, 2 (rip. più sopra nota 6). Vedi tra gli altri il VANGEROW, vol. III, § 681, pag. 581; WINDSCHEID, vol. II, § 455, nota 17; Trib. Imp., vol. IX, pag. 163. Ma perchè si nega l'azione aquiliana al compratore, nel caso del danneggiamento della cosa comprata, quando invece è concessa al fittuario pel danno recato ai frutti? Senza dubbio perchè il compratore ha contro il suo venditore

b) Può essere convenuto chi ha cagionato direttamente o indirettamente un danno, per es., come autore, o come ausiliario (16).

Più persone sono tenute solidalmente. La prestazione dell'uno libera anche gli altri (17).

Se più persone hanno insieme preso parte al fatto delittuoso, per esempio, con un'attiva cooperazione in una zuffa, e non si possa stabilire il singolo contributo di ciascuno al danno, ciascuno è tenuto per tutte le conseguenze del fatto (18).

---

la pretesa alla cessione dell' azione — come *commodum rei* —, cfr. più sopra § 98, mentre al conduttore manca una tale pretesa. Ciò conduce al principio generale, che anche chi ha semplicemente dei diritti obbligatori sulla cosa sia allora autorizzato ad agire pel danneggiamento di essa, quando non possa altrimenti conseguire il risarcimento del suo danno. Cfr. anche fr. 41 pr., D. *h. t.*, 9, 2, ed oltracciò il Pernice, *loc. cit.*, pag. 211. [« Si quis testamentum deleverit, an « damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum « dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inhibitur? « ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest « eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, « quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo « deleto competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud « se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et « iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit »]. Però nelle azioni di delitto la regola è, che ognuna delle persone danneggiate abbia facoltà di agire. Essa vale anche per l' *actio de pauperie*, pei danni recati dagli animali: fr. 2, D. *si quadrupes*, 9, 1 [« Haec actio non solum domino, sed etiam « ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia « eo quod tenentur damnum videntur pati. Si quis aliquem evitans, magistratum « forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non « posse agi canis nomine quidam putant: at si solutus fuisset, contra »]. Al concetto dell'incondizionata esperibilità dell'azione nel *damnum iniuria datum* ostava il fatto, che la *lex Aquilia* aveva introdotto l'azione solo a favore del *dominus*; tuttavia non mai doveva rimanere privo di difesa chi era stato danneggiato. Si discosta il Ferrini, *La legittimazione attiva nell' « actio legis Aquiliae »* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* vol. XII, pag. 180.

(16) Fr. 11, § 1, D. *h. t.*, 9, 2. [« Si alius tenuit, alius interemit, is qui « tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur »]. È responsabile l'istigatore aquilianamente? Secondo il diritto romano antico la questione andava risoluta negativamente; l'instigatore non aveva infatti danneggiato *corpore*. Perciò, ancora Giavoleno non accordava in generale l'azione contro di lui: fr. 37 pr., D. *h. t.*, 9, 2. [« Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, « actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit: quod « si non habuit, cum eo agendum est qui fecit »]. Ma questo è il momento di transizione. Il principio del diritto progredito si è, che risponde pel danno chi lo ha cagionato, e quindi anche l'istigatore. Cfr. Trib. Imp., vol. X, pag. 132, Windscheid, vol. II, § 455, nota 27. Il Cod. civ. germ., al § 830, capoverso 2°, dispone: « Gl'istigatori e gli ausiliari sono parificati ai correi ».

(17) Diversamente nel diritto romano; cfr. più sopra § 72, nota 5.

(18) Fr. 11, §§ 2 e 4, fr. 51, § 1, D. *h. t.*, 9, 2 [riportati al § 72, nota 5]; Trib. Imp., vol. I, pag. 89; Seuffert, *Arch.*, vol. LI, n. 263 (Corte d'appello

c) Oggetto dell'azione è il danno interesse dell'attore. La particolare valutazione della legge Aquilia, per la quale poteva pretendersi ora il valore massimo nel corso dell'ultimo anno, ora quello dell'ultimo mese prima del fatto (19), non è stata ricevuta.

In Roma il convenuto, che a torto negava la sua obbligazione aquiliana, doveva essere condannato nel doppio (20). Anche ciò è rimasto estraneo al diritto comune (21-22).

---

per la Baviera). Il Cod. civ. germ., § 830, vol. I, capov. 1°, dispone: « Se più persone mediante un atto illecito commesso in comune han cagionato un danno, ognuna è responsabile pel danno. Lo stesso vale, quando non si possa desumere, chi tra parecchi partecipanti abbia col suo atto cagionato il danno.

(19) Sulle ragioni di questo sistema di *aestimatio*, cfr. Tuhr, *loc. cit.*, pag. 3. Sino a qual punto il valore reale venga in considerazione come tale, vedi *ivi*, pag. 8.

(20) Fr. 2, § 1. D. *h. t.*, 9, 2; § 26, I, *de actionibus*, 4, 6. [fr. 2 cit.: « et « infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset »; § 23 cit.: « Sed furti quidem nec manifesti actio et servi corrupti a ceteris, de quibus simul « locuti sumus, eo differt, quod hae actiones omnimodo dupli sunt: at ille, id « est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, « in confitentem autem in simplum dantur: sed illa, quae de his competit, quae « relicta venerabilibus locis sunt, non solum infitiatione duplicatur, sed et si « distulerit relicti solutionem, usque quo ius magistratuum nostrorum conveniatur, « in confitentem vero et antequam ius magistratuum conveniatur solventem simpli « redditur »].

(21) Il Windscheid, vol. II, § 455, nota 25, sta « in massima » per l'odierna validità dell'aumento, malgrado che egli riconosca, « che esso non sia più nell'uso vigente ».

(22) Chi, in conseguenza di un rapporto contrattuale, detiene una cosa altrui e la danneggia colposamente, può essere convenuto tanto con l'azione del contratto, quanto con l' *actio legis Aquiliae*. Ma se il danneggiato ha ottenuto con una delle azioni la condanna del convenuto al pieno risarcimento del danno, non può più esser fatta valere l'azione concorrente. Cfr. vol. I, § 135, note 15, e 16; fr. 18, § 1, D. *commodati*, 13, 6, e gli altri testi citati dal Vangerow vol. III, § 681, nota 3, pag. 588; [fr. 18, § 1 cit.: « Sive autem pignus sive commo- « data res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae « sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua « earum actum fuerit, aliae tolluntur »]. Assai controverso è però, se il rapporto contrattuale abbia in sè una influenza modificatrice sulla responsabilità aquiliana. A tal riguardo deve notarsi: *a)* Il rapporto obbligatorio giustifica frequentemente degli atti, che senza di esso non sarebbero ammissibili. Non è, in questo riguardo, colpa, ciò che senza il contratto sarebbe tale; ed in conseguenza di ciò l' *actio legis Aquiliae* non ha fondamento. Così, per esempio, quando il padrone del lavoro esige a suo rischio la lavorazione di una sua cosa, in modo non corrispondente alle regole dell' arte, talchè la cosa in realtà perisce: fr. 27, § 29, D. *h. t.*, 9, 2; o quando un'amministrazione di ferrovie, con l'assenso dello speditore, spedisce delle merci in vagoni scoperti, per modo che esse vengono incendiate dalle scintille della locomotiva: Trib. Imp. Comm., vol. XV, pag. 83. [fr. 27, § 29 cit.: « Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria « tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse

§ 132. — **Lesione colposa ed uccisione di una persona** (1).

I principii del danneggiamento delle cose trovano analoga applicazione alle lesioni corporali delle persone.

1. La persona lesa ottenne, press'a poco dal tempo di Adriano, una *utilis Aquiliae actio* contro il colpevole (2).

In Roma dovevasi prestare solo il risarcimento per le spese di cura, pei perduti acquisti, ed infine per la diminuzione della capacità di acquistare (3). All'incontro nulla poteva pretendersi per lo sfregio e per il dolore (4).

Ma pel diritto comune, alla donna, che per lo sfregio vedeva

« excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi ma« teriae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et « Aquiiiae »]; *b*) Una questione affatto diversa è quella, se un debitore, il quale in forza del rapporto obbligatorio è tenuto solo per il dolo e per la colpa grave, come ad esempio il depositario, non possa per tal motivo esser fatto segno a più ampie pretese, neanche di fronte all'azione della legge Aquilia, talchè anche di fronte ad essa debba andare assoluto, se abbia danneggiato per colpa lieve la cosa affidatagli. Ciò deve negarsi. Se le trascuranze lievi non sono comprese nella *lex contractus*, ciò non significa che esse siano permesse. Certo come debitore contrattuale il depositario risponde solo pel dolo e per la colpa grave, ma risponde anche pei colposi danneggiamenti di cose, in conseguenza del suo generale dovere civile. Così particolarmente il VANGEROW, vol. III, § 681, pag. 589. Vedi ivi anche la bibliografia.

(1) WEINRICH, *La responsabilità per lesione corporale ed uccisione di una persona, secondo il diritto vigente nell'Impero germanico* [Die Haftplicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen nach dem im Deutschen Reiche geltenden Rechte], 1883.

(2) Fr. 13 pr., D. *h. t.*, 9, 2; cfr. fr. 3, D. *si quadrupes*, 9, 1; fr. 7 D. *de his qui effuderint*, 9, 3 [fr. 13 pr., riportato al § 131, nota 13; fr. 3 cit.: « Ex « hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte « si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non « deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed « impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus « quis esset inutilis factus »; fr. 7 cit.: riportato più sotto nota 4].

(3) Cfr. anche Cod. civ. germ., § 842: « L'obbligo al risarcimento del danno a causa di un atto illecito diretto contro la persona, si estende agli svantaggi, che l'atto ha prodotto, riguardo alla capacità d'acquisto od al benessere della persona lesa ». Secondo il § 843 il risarcimento deve per massima esser prestato mediante la corrisponsione di una rendita in danaro.

(4) Fr. 7, D. *de his qui effuderint*, 9, 3. GAIUS, libro 6, *ad edictum provinciale*: « Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, « laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, « quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus « est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit « aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem ».

scemata la sua probabilità di maritarsi, venne concesso un risarcimento, da essere commisurato ad arbitrio dal giudice (5).

V'era inoltre, com'è noto, il diritto al prezzo del dolore (6). Esso non è pena, ma risarcimento e compenso dei dolori sofferti (7). Perciò l'obbligazione passava agli eredi del danneggiante. Ma all'erede del danneggiato non competeva l'azione, se non era già stata intentata dal suo autore.

2. Nel caso di morte gli eredi superstiti ottenevano, secondo il diritto comune, pretese al risarcimento dei danni contro il colpevole. In particolare, secondo una consuetudine fissa, i parenti ed il coniuge, che avevano un diritto legale di alimenti contro l'ucciso, e per la morte di questi vengono privati del sostentamento, possono pretendere il risarcimento da chi si rese colpevole dell'uccisione (8).

Inoltre il padre, il cui figlio venne colposamente ucciso, del quale quindi egli perdè i servigi, aveva diritto al risarcimento (9); non si

---

(5) Seuffert, *Arc.*, vol. XVIII, n. 42; Weinrich, *loc. cit.*, pag. 63.

(6) Stobbe-Lehmann, *Dr. Pr.*, vol. III, § 260, pag. 525, dimostra delle traccie di questo diritto, dal xv secolo. La pratica trovò un punto di appoggio nella *Carolina*, articoli 20 e 21, secondo i quali alla persona ingiustamente torturata veniva accordato un risarcimento per il dolore.

(7) Più d'uno tra i moderni cerca di costruire come pena privata la pretesa al prezzo del dolore, e vuole anche dedurre da ciò, che essa sia scomparsa, in conseguenza dell'entrata in vigore del Codice penale dell'Impero germanico. Ma che però si tratti di un risarcimento, è stato particolarmente dimostrato dal Waechter, *La riparazione* [Die Busse], 1874. A lui è acceduta la maggior parte degli scrittori. Cfr. Hellwig, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXVIII, n. 1. Il Cod. civ. germ. ha abolito i diritti di cui alle note 5 e 6, ed al posto di essi sono subentrate le pretese fondate sul § 847 [rip. al § 44, nota 11].

(8) Cfr. Trib. Imp., vol. I, pag. 90, e specialmente vol. VII, pag. 139, dove si trovano indicazioni bibliografiche sullo sviluppo di questa giurisprudenza. Molto di controverso vi è nei particolari. Cfr. Trib. Imp., vol. V, pag. 108, vol. X, pag. 50; vedi anche Dernburg, *Diritto prussiano*, vol. II, § 297; Cod. civ. germ., § 844, cap. 2°. [§ 844: « In caso di omicidio, chi è tenuto al risarcimento deve indennizzare delle spese di sepoltura colui al quale incombe l'obbligo di sopportare queste spese. — Se l'ucciso trovavasi di fronte ad un terzo in un rapporto, in forza del quale egli era o poteva divenire obbligato verso di lui per legge agli alimenti, ed in conseguenza dell'omicidio vien sottratto al terzo il diritto al sostentamento, l'obbligato al risarcimento deve prestare al terzo il risarcimento del danno, mediante la corrisponsione di una rendita in danaro, per quanto l'ucciso, per tutta la presumibile durata della sua vita, sarebbe stato obbligato a procurare ad esso il sostentamento; trovano corrispondente applicazione le prescrizioni del § 843, capov. 2° a 4°. L'obbligo al risarcimento ha luogo anche allora, quando il terzo, al tempo dell'omicidio, era concepito, ma non ancora nato »]. Come a questo credito di risarcimento si debbano accordare i privilegi degli alimenti, vedi Weinrich, *loc. cit.*, pag. 76.

(9) Cfr. fr. 5, § 3; fr. 6; fr. 7 pr., D. *h. t.*, 9, 2; Cod. civ. germ., § 845. [fr. 5, § 3 cit.: « Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an

poteva dunque giustamente, nel corrispondente caso, negarlo al marito, la cui moglie fosse stata colposamente uccisa (10).

Ai superstiti deve infine l'uccisore prestare il risarcimento per le spese di sepoltura (11).

§ 133. — **Danni recati dagli animali.**

Chi ha colpa, per i danni recati ad altri dagli animali, è responsabile aquilianamente. A colpa si ascrive anche la negligenza nella custodia, e la mancanza di destrezza e di piena capacità, quando si guidi o si cavalchi un animale in luogo frequentato (1).

« Aquiliae teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia « teneri eum, qui eluscaverit discipulum in disciplina: multo magis igitur in « occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, « inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demon- « straverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit « igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae « iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, « quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi « non dubito: fr. 6: praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur »; fr. 7 cit.: « Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter « vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit »; § 845 cit.: « Nel caso dell'uccisione, della lesione corporale o della salute, come pure nel caso della privazione della libertà, l'obbligato al risarcimento, se il leso era obbligato in forza di legge verso un terzo alla prestazione di servigi nell'azienda domestica o industriale del medesimo, deve prestare al terzo un indennizzo pei servigi ch'egli perde, mediante la corrisponsione di una rendita in danaro »].

(10) In senso contrario però il Trib. Imp., vol. XXXV, pag. 142.

(11) Ciò vien contestato nel SEUFFERT, vol. XV, n. 225, pel motivo che una tale spesa sovrasta ad ognuno. Ma la spesa ora sopravvenuta, a carico dei superstiti, è stata cagionata dall'uccisione. Analogamente il Cod. civ. germ., § 844, capov. 1° [rip. sopra, nota 8].

(1) Fr. 8, § 1, fr. 52, § 2, D. *ad legem Aquiliam*, 9 2. [fr. 8, § 1 citato: « Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, « si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. idem « dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: « nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque « non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii « periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo « vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit »; fr. 52 cit.: « In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones « conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius « plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e « medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum « cuiusdam obtriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. « respondi in causa ius esse positum: nam si muliones, qui superius plostrum « sostinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plo- « strum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mu-

Ma se un animale infuriando cagionò del danno, senza che alcuno vi abbia colpa, allora il danneggiato ha l'*actio de pauperie*, cioè un'*actio* nossale (2).

« larum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum susti- « nuissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnum dare, qui « quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis « asellum cum agitasset non retinuisset, aeque si quis ex manu telum aut aliud « quid immisisset, damnum iniuria daret. sed si mulae, quia aliquid reformidassent « et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum homi- « nibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. quod si neque mulae « neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum conite- « rentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum « fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum « hominibus esse actionem. illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum « domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed per- « cussae retro redissent »]. A ragione rileva ciò l'Eisele, negli *Annali* di Ihering, vol. XXIV, pag. 480, ma a torto egli nega, che anche qui si possa parlare di *culpa*, ed afferma che basti, che un uomo insieme con un animale sia stato « la causa » di un danno, per tenerlo obligato aquilianamente. Ciò significa troncare il legame ideale, che unisce le relative decisioni delle fonti coi principii fondamentali del diritto romano. Nessuno, appunto, deve condurre un animale verso luoghi frequentati, quando non abbia la necessaria forza e destrezza per frenarlo; d'altra parte egli è in colpa, per essersi a danno altrui posto a far cosa, di cui egli non fosse capace. Cfr. Unger, nella *Rivista* del Grünhut, vol. XV, pag. 383, nota 31; Sturm, *Contributi al diritto romano* [Beiträge zum römischen Rechte], 1891, pag. 75; Cod. civ. germ., § 834.

(2) Tit. Dig., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 9, 1. Inst., 4, 9. Eisele, negli *Annali* di Ihering, vol. XXIV, pag 480, e gli scrittori citati alla pag. 488; Sturm, *Contributi al diritto romano*, 1891, n. 6; Isay, negli *Annali* di Ihering, vol. XXXIX. V. specialmente pag. 282 [fr. 1, D. *h. t.*: « Si quadrupes pau- « periem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex « voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut « aestimationem noxiae offerre. Noxia autem est ipsum delictum. Quae actio ad « omnes quadrupedes pertinet ». Tit Inst. cit.: « Animalium nomine, quae ratione « carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis « actio lege duodecim tabularum prodita est (quae animalia si noxae dedantur, « proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est): « puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit. « haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet: ceterum « si genitalis sit feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, « non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera « evasit. pauperies autem est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim « potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret. haec quod ad noxalem « actionem pertinet. ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem « verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: et si adversus ea « factum erit et nocitum homini libero esse dicetur, quod bonum et aequum « iudici videtur, tanti dominus condamnetur, ceterarum rerum, quanti damnum « datum sit, dupli. praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum « habebit: numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes « alia aliam consumit »].

Le azioni nossali erano stabilite pei delitti delle persone *in potestate*. Esse costringono il proprietario di uno schiavo colpevole, a rappresentarlo ed a prestare il risarcimento del danno, ovvero a darlo a titolo di *noxa*. E propriamente non dovevasi convenire in giudizio il proprietario del tempo in cui si verificò il fatto, ma quello del tempo della contestazione della lite (3).

---

(3) Sulle azioni nossali romane, cfr. Tit. Dig., *de noxalibus actionibus*, 9, 4; Zimmern, *Sistema delle azioni nossali* [System der Noxalklagen], 1818, inoltre gli scrittori citati in Arndts, § 326, nota 3, e Lenel, *Edictum*, pag. 154; Girard, *Les actions noxales*, Paris, 1888, e su di esso il Kipp, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, vol. X, pag. 397. [Tit. cit., fr. 1: « Noxales actiones appel- « lantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus « nos instituuntur: quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati « fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aesti- « mationem ». fr. 2: « Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum « obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, « nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. « Is qui prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione « tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, « ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manu- « missus, noxam caput non sequitur: nam servum nihil deliquisse, qui domino « iubenti obtemperavit. et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, « quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter « legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus « sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est « noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus « suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabu- « larum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi « ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. sed si placeat, « quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit ' si servum furtum faxit noxiamve « nocuit ' etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine « cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, « non servum excuset, sed dominum oneret. nos autem secundum Iulianum pro- « bavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur ». fr. 3: « In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, « sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim « auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere ». fr. 7: « Noxalis autem « non alias datur, nisi apud me sit servus: et si apud me sit, licet eo tempore « non fuit, quo delinquebat, teneor, et heres meus tenetur, si noxius vivat. « Pomponius ait, si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente « factum est, conveniri iam non posse ». fr. 11: « Bona fide servi possessor eius « nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur. sed noxae dedendo non « facit quidem actoris: cum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli « exceptione summovebitur vel officio iudicis consequetur, ut indemnis maneat ». fr. 20: « Qui ex pluribus noxis diversis temporibus experitur, ex una noxia « servi dominium nanctus nullam amplius actionem habet adversus eum, qui « dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur: at si maluit dominus priori « iudicio litis aestimationem sufferre, vel eidem vel alii ex alio maleficio agenti « nihilo minus tenetur ». fr. 32: « Is qui in aliena potestate est si noxam com-

Gli animali non sono imputabili, e non possono commettere delitti. Ciò era pienamente chiaro ai Romani dell'epoca imperiale (4).

Ma diversamente la pensavano i contadini romani, sei o sette secoli prima; nel loro primitivo modo di vedere essi consideravano come delitti i danni, prodotti dalla fierezza di un quadrupede. Perciò le dodici tavole obbligavano il proprietario a dare per *noxa* l'animale cattivo, ovvero a risarcire il danno (5). Il diritto all'azione si conservò anche, dopochè le primitive rappresentazioni nelle quali esso aveva radice, già da lungo tempo non più sussistevano (6).

Doveva esservi stata però una particolare fierezza, ovvero una straordinaria irritazione dell'animale, ed il danno non doveva neanche ascriversi a colpa di alcuno (7).

« misisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si praesens est dominus, tra« dere eum et de dolo malo promittere debet ». fr. 33: « Noxali iudicio invitus « nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit, si servus « est: quod si liber est qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda « est: 34) quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum « iudicium datur 35) et si condemnatus fuerit, filius iudicatum facere debet: « tenet enim condemnatio. quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque « post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri ». fr. 43: « Servi, « quorum noxa caput sequitur, ibi defendendi sunt, ubi deliquisse arguentur: « itaque servos dominus eodem loco exhibere debet, ubi vim intulisse dicentur et « carere omnium dominio potest, si eos non defendat »].

(4) ULPIANUS, libro 18, *ad edictum*; fr. 1, § 3, D. *h. t.*, 9, 1: « Pauperies « est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria « fecisse, quod sensu caret ».

(5) Così il ZIMMERN, *loc. cit.*, pag. 79; VANGEROW, vol. III, § 689. Cfr. fr. 1, § 11, D. *h. t.*, 9, 1. Il WAECHTER, *Pandette*, vol. II, § 495, si richiama contro di ciò al testo di ULPIANO, sopra riportato alla nota 4. Ma egli non tiene conto al riguardo della differenza dei tempi [fr. cit.: « Cum arietes vel boves commisis« sent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset « qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: « quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere »].

(6) Così appunto: si diede l'azione *utiliter*, anche pel danno prodotto dai non quadrupedi, come, per es., scimmie (quadrumani) o polli; fr. 4, D. *h. t.*, 9, 1 [« Haec « actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit »].

(7) Il principio dell'azione è svolto nel fr. 1, § 4, D. *h. t.*; ULPIANUS, libro 18, *ad edictum*: « Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum com« mota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut « bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si « propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata « quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae « agetur ». Ma non diversamente vuole il fr. 1, § 7, D. *eod.*: « Et generaliter « haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: « ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, [sed « enim, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege « Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si, « cum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit

L'attore è il danneggiato (8).

Il convenuto è il proprietario dell'animale, che ha prodotto il danno, al tempo in cui s'intenta l'azione (9).

L'azione è attivamente e passivamente ereditaria (10).

In analoga guisa sussiste un'*actio de pastu* nossale, se gli animali pascolano sui prati altrui, senza che alcuno vi abbia colpa (11-12).

« actioni locus »]. Ciò significa, che dev'essere avvenuto un danno, che secondo l'ordinario corso delle cose non era da attendersi. Sin dalla *Glossa* al fr. 1, § 7, D. *h. t.*, viene per lo più insegnato, che l'*actio de pauperie* competa solo quando l'animale abbia agito *contra naturam* « *sui generis* ». A ragione l'EISELE si dichiara contro questo commento Esso non è conforme alle fonti e piglia la cosa a traverso. Se un cane morde, un toro cozza, un cavallo trae di calci, l'Eisele ritiene che questi animali non agiscano *contra naturam* « *sui generis* » ; tale sarebbe, se mai, il caso quando un toro mordesse, od un cavallo desse di cozzo con la testa. Francamente riteniamo inattendibili le personali opinioni dell'Eisele. Bene decide la Corte d'appello di Brunswick, nell'*Arch.* del SEUFFERT, vol. XLVIII, numero 33.

(8) Fr. 2 pr., D. *h. t.*, 9, 1 : « Haec actio non solum domino, sed ei cuius « interest competit »; Trib. Imp , vol. XX, pag. 199

(9) Fr. 1, § 12, D. *h. t.*, 9, 1 : « et cum etiam in quadrupedibus noxa caput « sequitur, [adversus dominum haec actio datur, non cuius fuerit quadrupes, cum « noceret, sed cuius nunc est »]. I condomini sono tenuti solidalmente. Sulla questione, se il proprietario che aliena l'animale possa essere convenuto come « *dolo desinens possidere* », cfr. Trib. Imp., vol. XX, pag. 205.

(10) Fr. 1, § 17, D. *h. t.*, 9, 1 [« Hanc actionem nemo dubitaverit heredi « dari ceterisque successoribus : item adversus heredes ceterosque non iure suc- « sionis, sed eo iure, quo domini sint, competit »].

(11) Fr. 14, § 3, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5 : PAUL, *Sent.*, I, 15, § 1 [fr. cit. : « Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso « pecore depascam : Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua « experiri possim : nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia « non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse : in « factum itaque erit agendum ; PAUL. *loc. cit.* : « Si quadrupes pauperiem fecerit « damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni « aestimationem subeat aut quadrupedem dedat : quod etiam lege Pesolania de « cane cavetur »] ; EISELE, *loc. cit.*, pag. 495.

(12) L'*actio de pauperie* venne invero ricevuta in Germania, ma nella maggior parte della Germania venne abolita, ovvero trasformata, e solo in poche regioni è in uso il *noxae dare* ; STOBBE-LEHMANN, *Dr. pr.*, vol. III, § 263, pag. 543. Il Cod. civ. germ., § 833, dispone : « Se da un animale viene uccisa una persona o leso il corpo o la sanità di una persona, o danneggiata una cosa, colui che mena l'animale è tenuto a risarcire il danno. Sul danno fatto dalle fiere, cfr. § 835 ; Legge introduttiva, articoli 69-72 [§ 835 cit. : « Se dagli animali selvatici neri [cinghiali, orsi, tassi] e rossi, dagli alci, cervi, caprioli o fagiani, viene danneggiato un fondo, sul quale al proprietario non spetta il diritto di caccia, chi ha il diritto di caccia è obbligato a risarcire il danno. L'obbligo al risarcimento si estende al danno che gli animali recano ai prodotti del fondo separati ma non ancora raccolti. — Se al proprietario vien tolto in forza di legge l'esercizio del diritto di caccia che gli compete, deve risarcire il danno colui, che secondo la legge è auto-

§ 134. — *L'actio de deiectis et effusis* (1).

Chi dimora in un luogo, dal quale si getta o si versa qualcosa in luoghi frequentati dal pubblico, è tenuto per il danno. Ciò stabiliva l'editto pretorio, per la sicurezza delle comunicazioni, nel pubblico interesse. L'azione non è propriamente un'azione di delitto, poichè

rizzato all'esercizio. Se il proprietario di un fondo sul quale il diritto di caccia, a causa della posizione del fondo, può essere esercitato solo insieme col diritto di caccia su di un altro fondo, ha affittato il diritto di caccia al proprietario di questo fondo, quest' ultimo è responsabile pel danno. — Se i proprietari dei fondi di un distretto, allo scopo dell'esercizio in comune del diritto di caccia, sono in forza di legge uniti in consorzio, il quale come tale non è responsabile, essi sono obbligati al risarcimento in rapporto alla estensione dei loro fondi ». Artitolo 69 cit. : « Restano in vigore le disposizioni delle leggi territoriali sulla caccia e sulla pesca, salvo il disposto del § 958 capov. 2° del Codice civile e salve le prescrizioni del Codice civile riguardanti il risarcimento del danno prodotto dagli animali selvatici ». Articolo 70 : « Restano in vigore le disposizioni delle leggi territoriali sulle norme secondo le quali deve stabilirsi il danno prodotto dagli animali selvatici, come pure quelle, secondo cui la pretesa al risarcimento del danno dev'essere fatta valere entro un termine stabilito, davanti all'autorità competente ». Articolo 71: « Restano in vigore le disposizioni delle leggi territoriali, secondo le quali : 1° l'obbligo al risarcimento del danno si verifica anche quando venne prodotto da selvaggina diversa dalle specie indicate nel § 835 del Codice civile ; 2° pel danno prodotto da un capo di selvaggina uscito da un recinto, è responsabile il proprietario od il possessore del recinto ; 3° il proprietario di un fondo, se il diritto di caccia su di un altro fondo può essere esercitato solo insieme col diritto di caccia sul proprio fondo, è tenuto pel danno recato sull'altro fondo anche allora, quando egli abbia rifiutato l'offertogli affitto del diritto di caccia ; 4° il danno, prodotto a giardini, frutteti, vigneti, vivai ed alberi isolati, non dev'essere risarcito, quando siasi omesso il collocamento dei mezzi di difesa, che nelle circostanze ordinarie sono sufficienti a prevenire il danno ; 5° l'obbligo al risarcimento del danno, nel caso del § 835, capov. 3° del Codice civile, viene diversamente regolato ; 6° il Comune è obbligato, in luogo dei proprietari dei fondi uniti in un distretto di caccia, al risarcimento del danno prodotto dalla selvaggina, ed ha diritto al regresso contro i proprietari ; ovvero in luogo dei proprietari, o del consorzio dei proprietari, o del Comune, o accanto ad essi, è obbligato al risarcimento del danno il fittuario del diritto di caccia ; 7° chi è tenuto al risarcimento del danno, può pretendere il rimborso del risarcimento prestato, da colui, che in un altro distretto è autorizzato all'esercizio della caccia ». Art. 72 : « Se riguardo ad un fondo esiste un diritto di godimento non stabilito a tempo, trovano applicazione le prescrizioni del § 835 del Codice civile, sull'obbligo del risarcimento del danno, con la norma che, al posto del proprietario, subentra l'avente il diritto di godimento »].

(1) Tit. Dig., *de his, qui effuderint vel deiecerint*, 9, 3; Glück, vol. X, pag. 392; Weiss, *La responsabilità per colpa altrui*, [Haftung für fremde culpa], pag. 66; Unger, negli *Annali di* Ihering, vol. XXX, n. 4. [Tit. cit., fr. 1 pr., § 1 : « Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint : ' Unde in eum locum, quo « vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum « ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui id habitaverit, in duplum « iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum

non si fonda su alcuna colpa, ma è strettamente affine ad un' azione di delitto (2-3).

In Roma essa accordava il doppio del danno; pel diritto comune è diretta al danno semplice.

La prova della mancanza di colpa non libera l'abitante (4), senza dubbio però lo libera quella della forza maggiore: per es., nel caso di sopraffazione da parte di rivoltosi o nemici (5).

È indifferente se si abiti in quel luogo come proprietario, come conduttore, od anche gratuitamente; ma coloro che vengono accolti di passaggio non sono tenuti (6). Più coabitanti sono responsabili solidalmente (7).

« iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem « aequum iudici videbitur eum cum quo agetur comdemnari, tanti iudicium dabo. « si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam « dedere '. Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: « publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari »].

(2) § 1, Inst. *de obl. quae quasi ex delicto*, 4, 5; fr. 5, § 5, D. *de obl. et act.*, 44, 7 [§ 1 cit.: « Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel con- « ducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui « noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur: ideo autem non proprie « ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur « aut servi aut liberi. cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, « id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo « casu poena decem aureorum constituta est. de eo vero quod deiectum effusumve « est dupli quanti damnum datum sit constituta est actio. ob hominem vero liberum « occisum quinquaginta aureorum poena constituitur: si vero vivet nocitumque ei « esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex « enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in « curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id « quod inutilis factus est ». fr. 5, § 5 cit.: « ..... ideo si filius familias seorsum « a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid « positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in « patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso « filio agendum »].

(3) Non venne ricevuta la pena dell'editto pel caso dell'uccisione di un uomo libero, come neanche la pena pel « *positum habere* » minacciante la comunicazione.

(4) Fr. 1, § 4, D. *h. t.*, 9, 8 [« Haec in factum actio in eum datur, qui inha- « bitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa « enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum « detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget »]. Ma cfr. anche Seuffert, *Arch.*, vol. XL, n. 288 (Trib. Imp.).

(5) Nondimeno le fonti non menzionano questa eccezione. Cfr. Unger, *loc. cit.*, e negli *Annali di* Ihering, vol. XXX. pag. 416, nota 17.

(6) Fr. 1, § 9, D. *h. t.*, 9, 3 [Habitare autem dicimus vel in suo vel in con- « ducto vel gratuito. hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tan- « tisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem inte- « rest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem « et peregrinantem »].

(7) Fr. 1, § 10; fr. 2-4, D. *h. t.*, 9 3 [ffr. cit.: « Si plures in eodem cena- « culo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur, 2) cum sane

Non importa se il getto sia avvenuto da una casa, o da una baracca, o da un carro, o da una nave (8), o se verso un luogo pubblico o verso un altro luogo, purchè solo in luogo, dove a quel tempo sogliono praticarvi delle persone (9).

Al convenuto compete il regresso contro il colpevole (10-11).

D) Responsabilità per danneggiamenti diversi da quelli di cose.

§ 135. — Risarcimento per la colpa in generale.

In Roma l'azione aquiliana, anche utile, si limitava esclusivamente alla distruzione od al danneggiamento di corpi (1). I danni patrimoniali di altra specie obbligavano perciò extracontrattualmente l'autore del danno, solo nei casi di dolo.

Diversamente secondo l'antica teoria e pratica del diritto comune. Per esse si era obbligati, per ogni danno colposamente recato, al risar-

---

« impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset, 3) et quidem in solidum : « sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur, 4) perceptione, non litis con- « testatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui « solvit »].

(8) Fr. 6, § 3, D. *h. t.*, 9, 3 [« Si de nave deiectum sit, dabitur actio utilis « in eum qui navi praepositus sit »].

(9) Fr. 1, § 2; fr. 6 pr., § 1, *D. h. t.*, 9, 3 [fr. 1, § 2 cit. : » Parvi autem « interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum « vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur : « semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent « habere. ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum « quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non « debet hoc edicto teneri »; fr. 6 cit. : « Hoc edictum non tantum ad civitates « et vicos, sed et ad vias, per quas vulgo iter fit, pertinet. Labeo ait locum habere « hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte : sed quibusdam locis et nocte « iter fit »].

(10) Fr. 5, § 4, D. *h. t.*, 9, 3 [« Cum autem legis Aquiliae actione propter « hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius « de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, « quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem »]. Ciò riposava sull'autorità di Labeone.

(11) Il Cod. civ. germ. ha rimosso l'*actio de deiectis et effusis*. Rapporti analoghi sono regolati dai §§ 836-838 [§ 836 : « Se per la rovina di un edifizio o di un'altra opera congiunta ad un fondo, o per lo staccamento di parti dell'edifizio o dell'opera viene uccisa una persona, o leso il corpo o la sanità di essa, o danneggiata una cosa, il possessore del fondo, in quanto la rovina o lo staccamento furono conseguenza di difettosa costruzione o manutenzione, è tenuto al risarcimento del danno. Non vi è obbligo al risarcimento quando il possessore, allo scopo di prevenire il pericolo, abbia osservato la diligenza praticamente richiesta... »].

(1) PERNICE, *Danneggiamento di cosa*, pag. 157.

cimento del danno stesso, e si era tenuti con l'*actio Aquiliae utilis* (2). Ma la teoria del diritto comune del nostro secolo respinse tutto ciò, sia perchè essa si pose esclusivamente sul sentiero delle fonti romane, sia perchè considerò come troppo vaga e pericolosa pel commercio un'azione extracontrattuale di danni così generale. Ad essa tien dietro la pratica più recente (3-4).

Nondimeno il diritto comune, in alcune determinate fattispecie, si è tenuto fermo all'azione extracontrattuale di danno per ogni colpa:

a) Nel danno recato col cagionare un arresto ingiusto (5);

b) I funzionari, giudiziari o non giudiziari, sono tenuti, secondo la pratica preponderante, al risarcimento dei danni per qualunque colpa nell'amministrazione del loro ufficio. Ma essi sono obbligati solo sussidiariamente, cioè soltanto se il danneggiato non possa ottenere il risarcimento da altro lato (6-7);

---

(2) Cfr. gli scrittori citati nel LANDSBERG, *Iniuria*, pag. 107, nota 3, ai quali è facile aggiungerne altri.

(3) WINDSCHEID, vol. II, § 451, nota 1 e gli scrittori ivi citati; cfr. in particolare Trib. Imp. comm., vol. X, pag. 404 e Trib. Imp., vol. IX, pag. 163.

(4) Il Cod. civ. germ., § 823, riconosce l'obbligo del risarcimento nel caso di negligenza o di dolo.

(5) Deliberazione della Dieta imperiale del 1594, § 87. Assai controverso era nel diritto comune, se chi dà causa all'arresto, nel caso di arresto ingiustificato, sia senza altro tenuto al danno-interesse, come specialmente sosteneva HENRICI, nei *Contributi* del RASSOW e del KÜNTZEL, ovvero soltanto quando stia a carico di lui una colpa. Attualmente la legge di procedura civile, § 945, dispone: « Se l'ordine di un arresto, o d'una temporanea disposizione, si manifesta come sin dal principio ingiustificato, o se la misura disposta viene rimossa in base al § 926, cap. 2°, od al § 942, cap. 3°, la parte, che ha ottenuto l'ordine dell'arresto, è obbligata a risarcire all'avversario il danno, che a questi deriva dall'esecuzione della misura disposta, o dal fatto, che egli ha dovuto prestare cauzione, per impedire l'esecuzione, o per ottenere la revoca della misura ».

(6) In Roma i *magistratus municipales*, in seguito ad un senatoconsulto, emanato sotto Traiano, divenivano responsabili in via sussidiaria, se essi avessero alcunchè trascurato nella nomina dei tutori; c. 5, Cod. *de magistratibus conveniendis*, 5, 75; ed invero erano tenuti per la *culpa*; fr. 7, D. *de mag. conv.*, 27, 6 [c. cit.: « In magistratus municipales tutorem nominatores, si administra« tionis finito tempore non fuerint solvendo nec ex cautione fideiussionis solidum « exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem « competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum « est, constitit »; fr. 7 cit.: « In magistratus qui tutorem dederunt rogo rescribas « utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius qui pupillus fuit, « cum quo potissimum agat, respondit: si dolo fecerunt magistratus, ut minus « pupillo caveretur, in quem vult actio ei danda in solidum est: sin culpa dum« taxat eorum neque dolo malo id factum est, aequius est existimo pro portione « in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit »]. Anche lo *iudex* veniva sin dal tempo di Gaio convenuto per la « *imprudentia* », che porta alla *culpa levis*: cfr. P. USTERI, *La responsabilità di diritto privato del giudice ro-*

c) La colpa nelle trattative del contratto, *culpa in contrahendo*, obbliga al risarcimento, anche se non si viene al contratto, vale a dire extracontrattualmente (8).

§ 136. — *Actio doli* (1).

Ogni ingiusto e malevolo danneggiamento patrimoniale, che non può essere ugualmente risarcito in altra guisa, dà fondamento all' *actio doli* (2).

---

mano [Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters], Zurigo, 1877; PERNICE, *Labeone*, vol. II, Parte II, 1, pag 168; LENEL, *Edictum*, pag. 135; fr. 5, § 4, D. *de obl. et act.*, 44, 7: [« Si iudex litem suam fecerit, « non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obli- « gatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo « videtur quasi ex maleficio teneri »]. Nel diritto comune si faceva capo alla responsabilità dei magistrati municipali, e si applicava incontestatamente alle superiori autorità tutorie. Ma si andò oltre, e si dichiararono responsabili almeno sussidiariamente gl'impiegati in generale per ogni danno recato ai privati, per effetto dei loro atti d'ufficio. Cfr. SEUFFERT, *Pandette*, § 425, e gli scrittori ivi citati. Vedi anche VÖLDERNDORFF, nell'*Archivio per la scienza pratica del diritto* [Archiv für praktische Rechtswissenschaft], Nuova Serie, vol. XII; PFIZER, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXII, pag. 66; KLEWITZ, *Pretese d'indennizzo per atti d'ufficio illegali* [Entschadigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen], 1891; SEUFFERT, *Archivio*, vol. XLVI, n. 165; vol. L, n. 18. Il Cod. civ. germ.. § 839, capov. 1°, dispone: « Se un impiegato dolosamente o negligentemente viola il dovere d'ufficio che gl'incombe di fronte ad un terzo, deve risarcire al terzo il danno da ciò derivante. Se a carico dell'impiegato ricada solo una negligenza, può intentarsi contro di lui l'azione, solo quando la persona danneggiata non possa altrimenti ottenere il risarcimento ».

(7) Il giudice arbitrale deve in primo luogo stabilire i termini della fattispecie: a questo riguardo egli è tenuto per ogni errore, anche lieve. A lui inoltre incombe di giudicare su di essa: ciò deve avvenire con libertà. Una pretesa colpa lieve non può a questo riguardo esser fatta valere dalla parte soccombente, ma solo il dolo e la colpa grave. Cfr. HAFFNER, *La responsabilità di diritto civile dei giudici* [Civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter], 1885; Trib. Imp., vol. XXXX, pag. 202. Diversamente il KLEWITZ, *loc. cit.*, pag. 33. — Al giudice ordinario il Trib. Imp., vol. XXXXI, pag. 251, parifica il giudice arbitrale. Cfr. Cod. civ. germ., § 839, capovv. 2° e 3°: « Se un funzionario, giudicando una controversia giudiziaria viola il suo dovere d'ufficio, è responsabile pel danno da ciò derivante, solo quando per la lesione del dovere sia comminata una pubblica pena da infliggersi in via di procedimento giudiziario penale. — Questa prescrizione non trova applicazione all'indebito rifiuto o ritardo nell'esercizio dell'ufficio. L'obbligo del risarcimento non ha luogo, quando la persona danneggiata ha omesso, con dolo o negligenza, di prevenire il danno, mediante l'esperimento di un mezzo giuridico ».

(8) Cfr. sopra, § 10, nota 11.

(1) Tit. Dig. *de dolo malo*, 4, 3; Cod. 2, 20; PERNICE, *Labeone*, vol. II, pag. 97, 2ª edizione, pag. 200; *Parerga*, VII, nella *Rivista della fondazione di*

Questa dunque è un' azione generale, ma sussidiaria, a causa del dolo:

a) Originariamente introdotta pei casi di dolo, cioè dell'intenzionale inganno (3), venne poi data anche nelle altre dolose macchinazioni (4). Ma neanche rimase circoscritta a ciò. Essa deve riparare il danneggiamento patrimoniale di qualsiasi specie, qualunque figura questo possa assumere e con qualunque mezzo compiuto (5);

b) La pretesa ha un carattere integrante e sussidiario. Ma però l'*actio doli* è anche ammissibile, quando gli altri rimedi giuridici non promettano un risultato ugualmente sicuro (6-7).

Savigny, vol. XVII, pag. 205; MOMMSEN, *Diritto penale romano* [Römisches Strafrecht], pag. 678.

(2) Come l'azione venne stabilita da Aquilio Gallo, cfr. vol. I, § 104, nota 4.

(3) Aquilio, domandato da alcuno al quale il nuovo rimedio giuridico evidentemente sembrava troppo vago: « quid esset dolus malus? » rispose: « cum esset aliud simulatum, aliud actum ». A questa definizione si tenne fermo anche Servio Sulpicio. Vedi il fr. 1, § 2, D. *h. t.*, 4, 3, riportato al vol. I, § 86, nota 4. [Fr. cit.: « Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius deci- « piendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine « simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, « aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et « tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem « calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipien- « dum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est »].

(4) Così Labeone secondo il fr. 1, § 2, *h. t.*, 4, 3 [vedi nota precedente].

(5) PERNICE, *loc. cit.*, pag. 107, 2ª ediz., pag. 220, partendo dalla definizione di Labeone vuole limitare l'*actio doli* alle scaltre macchinazioni dolose. A torto. Tra l'altro l'*actio doli* è fondata, quando alcuno lealmente fa una promessa che non lo vincola obbligatoriamente, ma più tardi la ritiri, quando l'altra parte, fidando su di essa, ha intrapreso delle spese, divenute perciò inutili: fr. 34, D. *h. t.*, 4, 3; fr. 16, § 1, D. *de praescriptis verbis*, 19, 5; Trib. Imp., vol. VIII, pag. 176. [Fr. 34 cit.: « Si, cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam « fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia « quam de dolo malo actio locum habebit ». fr. 16, § 1 cit.: « Permisisti mihi, « ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tol- « lere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, « deliberari posse: sed erit de dolo »]. Dov' è qui la dolosa macchinazione? La giurisprudenza appunto solo man mano si è ardita di sviluppare tutti gli elementi del fatto illecito, ed in ciò ha oltrepassato le antiche definizioni. Cfr. Trib. Imp., vol. XXI, pag. 236.

(6) Fr. 7 pr., D. *h. t.*, 4, 3: [« Et eleganter Pomponius haec verba ' si alia « actio non sit ' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva « esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro « quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum « vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de « dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri « non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circum- « scriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem:

Se si è venuti ad una conclusione del contratto, deve applicarsi l'azione contrattuale, non l'azione di dolo.

Ciò è precisamente importante per la breve prescrizione dell'azione di dolo extracontrattuale. Essa si prescrive in due anni dal commesso dolo, ma però anche dopo è diretta all'ammontare dell'arricchimento del convenuto (8).

« nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere »]. L'*actio* è particolarmente anche ammissibile, quando è dubbio se vi sia fondamento per altra azione: fr. 7, § 3, D. *h. t.*, 4, 3; quando un'azione che può spiegarsi contro un terzo non promette alcun risultato in causa dell'insolvenza di lui: fr. 6, D. *h. t.*, 4, 3; cfr. anche fr. 18, § 5, D. *eod.*; e quando il terzo da convenirsi con l'azione contrattuale dovrebbe essere citato all'estero: Trib. Imp., vol. XXXIV, pag. 151 [fr. 7, § 3 cit.: « Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubi« tetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. « qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit « et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutem vel « aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo « sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an « competat ex stipulatu actio. sed est verius, si quidem de dolo cautum est, ces« sare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in « ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex sti« pulatu de dolo actio necessaria est ». fr. 6 cit.: « Nam is nullam videtur « actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est ». fr. 18, § 5 cit., riportato al § 131, nota 15]. — Più d'uno, per. es. il WINDSCHEID, vol. II, § 451, nota 10, sostiene che la sussidiarietà sia stata una conseguenza del carattere infamante dell'*actio doli* nell'impero romano, e caduto questo sia scomparsa nel diritto comune. Ciò è infondato, come anche ritiene il Trib. Imp., vol. XXIII, pag. 143. Certo ULPIANO, nel fr. 1, § 4, D. *h. t.*, 4, 3, trova giusta la sussidiarietà dell'*actio doli*, per essere essa infamante. Ma con ciò non è detto, che tale fosse il motivo del pretore. Questo motivo sta piuttosto nella natura straordinaria dell'azione, destinata solo ad essere un rimedio di necessità. [Fr. cit.: « Ait « Praetor: ' si de his rebus alia actio non erit '. merito praetor ita demum hanc « actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a « praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, « ut et Pedius libro octavo scribit, etiamsi interdictum sit quo quis experiri, vel « exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. idem et Pomponius libro « vicensimo octavo, et adicit: et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de « dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit »]. Attualmente la sussidiarietà ha, com'è naturale, allora di preferenza valore pratico, quando al danneggiato competa un'azione contro persona diversa dal danneggiatore doloso; ed in tal caso essa è anche opportuna.

(7) Caratteristiche romane dell'*actio doli* erano ancora, che di regola il pretore l'accordava solo dopo un precedente esame della causa, e la negava per una somma scarsa: fr. 9, § 5, D. *h. t.*, 4, 3: [« Merito causae cognitionem praetor inseruit: « neque enim passim haec actio indulgenda est. nam ecce in primis, si modica « summa sit, 10) id est usque ad duos aureos, 11) non debet dari »]. Ciò si connetteva alla condizione di diritto pubblico dei magistrati romani, e non è stato ricevuto.

(8) C. 8, Cod. *h. t.*, 2, 20; fr. 28, D. *h. t.*, 4, 3. [c. cit.: « Optimum duximus « non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque

Se il dolo avvenne a favore di un terzo, non imputabile di collusione, questi è tenuto all'ammontare del suo arricchimento (9-10-11).

E) L'azione d'ingiurie.

§ 137. — **Concetto e principii fondamentali** (1-2).

Sottrazioni, danneggiamenti di cose e dolo sono delitti contro il patrimonio; — l'ingiuria è delitto contro la persona.

Anche la romana *iniuria* abbraccia un vasto ordine di fattispecie. Non si tratta solo di lesioni personali e di offese, cioè di particolari

« intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, « intra continuum biennium de dolo actionem moveri, sive afuerit sive praesto « est is, qui dolum se passum esse conqueratur. omnes igitur sciant neque incipiendae post biennium neque ante completum biennium coeptae. post biennium « finiendae doli actionis concessam licentiam ». fr. 28, D. cit.: « Itaque si accepto « lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. at si res tibi tradita sit, « si quidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. « sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucrari ex alieno damno. « cui conveniens est, ut et in ipso qui dolo commiserit in id quod locupletior esset « perpetuo danda sit in factum actio »]. Nel diritto classico il tempo per la prescrizione era un *annus utilis*. Per l'applicabilità della prescrizione breve, anche il Trib. Imp., vol. XXIII, pag. 178.

(9) Fr. 15 pr., §§ 1, 2, D. *h. t.*, 4, 3: [« Sed et ex dolo tutoris, si factus est « locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur. Sed an in « municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto ex suo quidem dolo non posse « dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex « dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum « in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Item si quid ex dolo procuratoris ad « dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum per- « venit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur »].

(10) Il Cod. civ. germ. al § 826 dispone: « Chi, in maniera che offenda i buoni costumi, arreca dolosamente ad altri del danno, è tenuto verso di questi al risarcimento del danno ». Quest'aziono ha particolare importanza in quei casi, in cui il danneggiatore ha un diritto a compiere il fatto in questione, e del quale diritto egli immoralmente approfitta per danneggiare altrui dolosamente.

(11) All'*actio doli* corrisponde in certo modo il contenuto del § 826 del Codice civ. germ. [riportato al § 50, nota 9].

(1) Tit. Inst. *de iniuriis*, 4, 4; Dig., 47, 10; Cod. 9, 35.

(2) A. D. Weber, *Sulle ingiurie e sui libelli* [Ueber Iniurien und Schmähschriften], 1793 sgg., 4ª edizione, 1820; Walter, nel *Nuovo Archivio di diritto criminale* [N. Archiv des Kriminalrechtes], vol. IV, pag. 108 sgg., 241 sgg; Ihering, *La difesa giuridica contro le lesioni ingiuriose* [Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen], nei suoi *Annali*, vol. XXIII, n. 6; Landsberg, *Ingiuria ed offesa* [Iniuria und Beleidigung], 1886. Ivi trovasi altra bibliografia. Cfr. ancora Pernice, *Labeone*, 2ª ediz., vol. II, pag. 19 sgg.; Mommsen, *Diritto penale romano* [Römisches Strafrecht], pag. 784; Hitzig, *Iniuria*, 1899.

violazioni del senso dell'onore: l'*iniuria* è piuttosto ogni intenzionale ed ingiusta manifestazione di disprezzo della personalità (3).

a) L'*animus iniuriandi*, che è di base ad essa (4), sta nel contegno consciamente sprezzante di fronte ad un altro. L'offesa di questi non dev'essere punto lo scopo diretto dell'atto: basta che per raggiungere pure altri scopi, non si schivi l'offesa;

b) L'atto ingiurioso può essere rivolto direttamente contro l'altrui persona, col metter le mani addosso al suo corpo, collo scemare la sua libertà (5), punger sul vivo il suo onore, fare strazio del suo nome (6).

---

(3) Com'è noto, già le dodici tavole conoscevano la « *iniuria* », che esse colpivano con la pena di 25 assi. Ma l'antica giurisprudenza romana sembra che abbia inteso per *iniuria* solo le lesioni corporali: cfr. LANDSBERG, *loc. cit.*, pag. 32, e gli scrittori ivi citati. Da ciò si spiega come il pretore emanò particolari editti contro altre specie di offese alla persona, e specialmente pel « *convicium* », per gli attentati al pudore, e « *ne quid infamandi causa fiat* »; cfr. LENEL, *Edictum*, pag. 320. In ogni caso già LABEONE trova l'essenza della *iniuria* nella « *contumelia* »: fr. 13, § 4, D. *h. t.*, 47, 10. Come « *contumelia* » addirittura caratterizzano l'*iniuria* le definizioni classiche delle *Istituzioni*: pr. Inst., *h. t.*, 4, 4, tolto da PAOLO (collatio II, 5. § 1), ed il fr. 1 pr., D. *h. t.*, 47, 10, di ULPIANO. Il testo di PAOLO cerca d'illustrare il concetto di « *contumelia* » col vocabolo « ὕβρις ». In senso più lato « *iniuria* », secondo il testo in parola, è « omne « quod non iure fit », ἀδίκημα. [Fr. 13, § 4 cit.: « Si quis de honoribus decernendis alicuius passus non sit decerni ut puta imaginem alicui vel quid aliud « tale: an iniuriarum teneatur? et ait Labeo non teneri, quamvis hoc contumeliae « causa faciet: etenim multum interest, inquit, contumeliae causa quid fiat an « vero fieri quid in honorem alicuius quis non patiatur ». pr. Inst. cit.: « Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit: specialiter alias contumelia, quae « a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant, alias culpa, quam Graeci « ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquiiia damnum iniuria accipitur, alias iniquitas « et iniustitia, quam Graeci ἀδικίαν vocant. cum enim praetor vel iudex non iure « contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur ». fr. 1 pr. cit.: « Iniuria « ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri « dicitur. hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum « iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere « solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste « sententiam dixit. iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non « iuriam, contumeliam autem a contemnendo »]. Cfr. però anche PERNICE, *Labeone*, 2ª ediz., vol. II, pag. 27.

(4) Fr. 3, § 1. D. *h. t.*, 47, 10. ULPIANUS, libro 56 *ad edictum* « iniuria ex « affectu facientis consistit ». [Fr. cit.: « Sane sunt quidam, qui facere non pos« sunt, ut puta furiosus et inpubes, qui doli capax non est: namque hi pati iniu« riam solent, non facere. cum enim iniuria ex affectu facientis consistat, con« sequens erit dicere hos, sive pulsent sive convicium dicant, iniuriam fecisse « non videri »].

(5) Ingiurie con atti ed ingiurie con parole vengono distinte nel fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 47, 10: [« Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quo« tiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, con-

Ma vi sono oltracciò le ingiurie indirette, il cui concetto e la cui estensione han molto d'incerto. Esse consistono nella malevola premeditata lesione dei diritti dell'altro sul mondo esteriore (7).

Una ingiuria indiretta può trovarsi in ogni furto, danneggiamento di cose fatto a disegno, od in altra dolosa lesione patrimoniale. Chi infatti malignamente disprezza l'altrui possesso, disprezza anche il possessore. Ma in tali casi non si accorda un'azione d'ingiuria. Questa piuttosto, nel caso di dolosa lesione di diritti, è solamente sussidiaria, cioè viene esclusa dal fatto, che sussistano azioni penali per le lesioni del patrimonio (8).

Casi principali d'ingiurie indirette, che generano un'azione d'ingiurie, sono i disturbi recati all'uso comune (9), l'impedire al proprietario di

---

« vicium fit: omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad « infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum « comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur »].

(6) Un caso della vita odierna è l'apposizione del nostro nome sotto un appello o sotto una petizione, senza nostra autorizzazione.

(7) Secondo ciò Ihering, *loc. cit.*, distingue l'offesa di una persona « in ciò ch'essa è », e quella « in ciò ch'essa ha », e designa l'azione d'ingiurie nel primo caso come « astratta », nel secondo come « concreta ».

(8) I Romani hanno abbastanza rigorosamente punita l'offesa, che, riguardo alla persona danneggiata, si contiene in un furto perpetrato contro di essa, in danni recati alle cose, o in atti dolosi, mediante le inflizioni penali dell'*actio furti* e *legis Aquiliae*, o mediante il carattere infamante dell'*actio doli*. Non doveva quindi essere oltracciò ammissibile un'*actio iniuriam*. Ma se il delitto non era stato ancora consumato, ed in particolare se un ladro si fosse introdotto per rubare, e non avesse commesso il furto, di modo che non poteva ottenersi la punizione con l'*actio furti*, si accordava l'azione d'ingiurie: fr. 21, § 7, *de furtis*, 47, 2. [« Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis « furandi causa intravit. quid ergo? qua actione tenebitur? utique iniuriarum: « aut de vi accusabitur, si per vim introivit »]. Ihering e Landsberg, *loc. cit.*, si studiano di ricavare i confini dell'azione d'ingiurie dal concetto stesso dell'ingiuria. Ciò però non è loro riuscito.

(9) Fr. 2, § 9, D. *ne quid in loco publico*, 43, 8. Ulpianus, libro 68 *ad edictum*: « Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quem- « admodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare « aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione « utendum est ». fr. 13, § 7, D. *h. t.*, 47, 10: [« Si quis me prohibeat in mari « piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum « iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: « et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare « vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non « patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum con- « veniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice « hoc conduxit: nam vis ei prohibende est, quo minus conductione sua fruatur. « si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, « quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare com- « mune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse

trar profitto dalle sue cose (10), il penetrare nell'altrui possedimento contro la volontà del proprietario (11).

Oggetto dell'azione d'ingiurie è una pena privata da commisurarsi dal giudice (12), nella quale dev'essere preso in considerazione anche il pregiudizio pecuniario dell'attore (13). Essa è attivamente e passivamente intrasmissibile agli eredi (14), e si prescrive in un anno compu-

---

« quem piscari prohiberi : sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum « alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, « ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari : quare « si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei dominii « est, utique piscari aliquem prohibere possum »]. Sulle corrispondenti applicazioni ai casi della vita odierna, cfr. IHERING, *loc. cit.*, pag. 270.

(10) Fr. 24, D. *h. t.*, 47, 10; fr. 25, D. *de a. e. v.*, 19, 1; fr. 44, D. *h. t.*, 47, 10. [Fr. 24 cit.: « Si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, « iniuriarum experiri potest ». fr. 25 cit., riportato al § 20, nota 4; fr. 44 cit. : « Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumicandi causa fumum faceret, « aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, « negat Labeo iniuriarum agi posse : quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae « causa immittitur »]. Sull'ultimo testo vedi PERNICE, *Labeone,* 2ª ediz., vol. II, pag. 36. Delle applicazioni ai rapporti di vicinanza, ed in particolare alle collisioni tra pigionali, fa lo IHERING, *loc. cit.*, pag. 280. — Quando però Ihering intende senz'altro come ingiuria mediata per l'inquilino del piano inferiore l'organizzazione di danze nel piano superiore, si spinge troppo oltre.

(11) Fr. 5, §§ 2, 5, D. *h. t.*, 47, 10: [« Domum accipere debemus non pro- « prietatem domus, sed domicilium. quare sive in propria domu quis habitaverit « sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit. — « Si tamen in fundum alienum, qui domino colebatur, introitum sit, Labeo negat « esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domici- « lium habere, hoc est per omnes villas suas. ego puto ad omnem habitationem, « in qua pater familias habitat, pertinere hanc legem, licet ibi quis domicilium non « habeat. ponamus enim studiorum causa Romae agere : Romae utique domicilium « non habet et tamen dicendum est, si vi domus eius introita fuerit, Corneliam « locum habere. tantum igitur ad meritoria vel stabula non pertinebit : ceterum « ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa, licet ibi domicilium non « habeant »].

(12) Il pretore, al posto dell'azione d'ingiurie delle dodici tavole, diretta alla pena di 25 assi, aveva stabilito l'*actio iniuriarum aestimatoria*, nella quale il giudice fissava, secondo il suo prudente arbitrio, l'ammontare della pena : fr. 17, § 5, D. *h. t.* [« Ait praetor ' arbitratu iudicis ': utique quasi viri boni, ut ille « modum verberum imponat »].

(13) C. 8, Cod. *h. t.*, 9, 35. [« Dominum pro atroci iniuria, quam servus eius « passus est, edicti perpetui actione proposita, qua damni etiam haberi rationem « verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit »]. — LANDSBERG, *loc. cit.*, pag. 90.

(14) Fr. 13 pr., D. *h. t.*, 47, 10. [« Iniuriarum actio neque heredi neque in « heredem datur. idem est et si in servum meum iniuria facta sit : nam nec hic « heredi meo iniuriarum actio datur. semel autem lite contestata hanc actionem « etiam ad successores pertinere »].

tato utilmente (15). L'azione privata d'ingiurie fu ricevuta in Germania (16). Molti nondimeno la ritengono abolita dalla legge di procedura penale dell'Impero (17): ciò è esatto per le offese e per le lesioni personali (18); inesatto però per gli altri casi, particolarmente per le ingiurie indirette. Riguardo a queste essa si è conservata nel diritto comune, come azione pel risarcimento dei danni (19-20).

---

(15) C. 5, Cod. *h. t.*, 9, 35. [« Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum « dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. si in rixa inconsulto « calore prolapsus homicidii convicium obiecisti et ex eo die annus excessit, cum « iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri « non potes »].

(16) È indubitata la recezione della romana *actio iniuriarum aestimatoria* in Germania. Ed invero essa venne ricevuta nella sua estensione romana, e quindi particolarmente anche pel caso, in cui non trattavasi addirittura di offese dirette contro l'onore. Cfr. su di ciò LANDSBERG, *loc. cit.*, pag. 66.

(17) I moderni compendi delle *Pandette* ammettono generalmente la piena abolizione: vedi gli scrittori citati in IHERING, *loc. cit.*, pag. 267, nota 1.

(18) Il § 11, capov. 1°, della Legge introduttiva e la Legge di procedura penale dispone infatti che: « La persecuzione delle offese e delle lesioni corporali ha luogo soltanto secondo le prescrizioni della legge di procedura penale ». Da ciò doveva ritenersi abolita l'azione estimatoria d'ingiurie, ma naturalmente solo in quanto si tratti di offese e di lesioni corporali.

(19) Tale è in sostanza l'opinione di IHERING, *loc. cit.*, pag. 268. Anche HÖLDER, *Pandette*, § 59, riconosce un'azione d'ingiurie diretta al risarcimento del danno. Cfr. inoltre SEUFFERT, *Archivio*, vol. LI, n. 179 (Corte di appello di Amburgo). Il tentativo del LANDSBERG, *loc. cit.*, di rigettare nella procedura penale e davanti ai Tribunali degli scabini la romana *actio iniuriarum aestimatoria*, in quanto ancora si è conservata, mi sembra fallito.

(20) Il Codice civ. germ., § 824, dispone: « Chi contrariamente alla verità afferma o diffonde un fatto, capace di porre in pericolo l'altrui credito o di produrre altri svantaggi riguardo alla capacità di acquisto od al benessere di altra persona, deve risarcire il danno da ciò derivante, quando egli non conosca invero la falsità, ma debba conoscerla. Per una comunicazione, la cui inesattezza sia ignota al comunicante, questi non diviene obbligato al risarcimento del danno, se egli o chi riceve la comunicazione abbiano un interesse giustificato ad essa ». — Cfr. inoltre il § 825: [« Chi con dolo, con minacce od abusando del rapporto di dipendenza, determina una donna alla concessione di favori illegittimi, è tenuto al risarcimento del danno da ciò derivante »]. Secondo il § 847, nel caso del § 825, ed inoltre se contro una donna venga commesso un delitto od un oltraggio ai costumi, ed infine nel caso della privazione della libertà, può essere preteso un equo risarcimento in danaro, anche a causa di danno non patrimoniale. Questa pretesa non è trasferibile e non passa agli eredi, salvochè sia stata riconosciuta mediante contratto, o sia divenuta pendente in giudizio. Le lesioni dell'onore possono inoltre rientrare sotto il disposto del § 823, capov. 2°.

Capitolo II.

Le *condictiones*.

§ 138. — *A*) Le *condictiones* in generale (1).

L'acquisto da un patrimonio altrui, senza giusto fondamento, genera un'azione personale diretta alla restituzione — una *condictio* (2).

Le *condictiones* — *iudicia stricti iuris*, ch'ebbero origine e denominazione sin dall'epoca delle *legis actiones*, — consistevano nell'*actio certae pecuniae creditae*, per somme di danaro accreditate, nella *condictio triticaria* per tutti gli oggetti determinati, ed infine nella *condictio incerti* pei valori di altra specie (3). Le *condictiones* erano in in origine destinate solo alla ripetizione di cose, accreditate mediante contratto. Ma la giurisprudenza le utilizzò, dall' ultimo secolo circa della repubblica (4), anche alla ripetizione di ciò, che extracontrattualmente si fosse acquistato da un patrimonio altrui in modo ingiustificato. Con ciò asservì queste azioni di stretto diritto ai più alti scopi dell'equità.

Le *condictiones* extracontrattuali presuppongono:

1° Un acquisto del debitore, dal patrimonio del creditore.

Esse hanno dunque un fondamento reale. Perciò i giuristi romani

---

(1) Savigny, *Sistema*, vol. V, pag. 503: « Le *condictiones* » [pag. 564 della traduzione italiana dello Scialoja]; Windscheid, *La teoria del diritto romano del presupposto* [Die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung], 1850; Erxleben, *Le condictiones sine causa*, Parte prima, 1850, Parte seconda, 1852; Witte, *Le azioni di arricchimento* [Die Bereicherungsklagen], 1859; Jacobi, *Il concetto giuridico dell' arricchimento* [Rechtsbegriff der Bereicherung], negli *Annali di* Ihering, vol. IV, pag. 296; Voigt, *Le condictiones ob causam*, 1862; Pernice, *Labeone*, vol. III, pag. 202 sgg.; Bolze, *Per la teoria delle « condictiones » ed in particolare della « condictio sine causa »* [Zur Lehre von den Kondiktionen insonderh. v. d. *cond. sine causa*], nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXVIII, n. 14; Bolze, *Alcuni luoghi delle fonti per la teoria delle « condictiones »* [Einige Quellenstellen zur Lehre von den Kondiktionen], ivi, vol. LXXIX, n. 5; R. von Mayr, *La « condictio » del diritto privato romano* [Die c. des römischen Privatrechtes], 1900. Cfr. anche Lenel, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXIV, n. 6 e Windscheid, ivi, vol. LXXVIII, pag. 161 sgg.

(2) Fr. 66, D. *de condictione indebiti*, 12. 6. Papinianus, libro 8, *quaestionum*: « Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine « causa deprehenditur, revocare consuevit ». Cfr. Cod. civ. germ., § 812, cap. 1°, periodo 1°: « Chi mediante la prestazione di un altro, od altrimenti a spese del medesimo, ottiene qualche cosa senza fondamento giuridico, è tenuto alla restituzione ».

(3) Cfr. vol. I, § 131.

(4) Cfr. Voigt, *loc. cit.*, pag. 226, diversamente il Mayr, *loc. cit.*

ponevano almeno la *condictio indebiti* allato all'azione derivante dal mutuo (5).

Il caso più semplice ed originario è l'acquisto della proprietà di cose corporee. Ma nel diritto progredito basta ogni aumento del patrimonio dell'uno a spese dell'altro, per es., mediante acquisto di diritti reali sulla cosa altrui (6), acquisto di crediti (7), remissioni di debiti (8), risparmi d'altra specie (9). E neanche importa che i valori fossero direttamente pervenuti all'uno dal patrimonio dell'altro (10).

Chi entra in possesso di una cosa altrui, senza acquistare la proprietà di essa, non ha ancora acquistato la cosa. Il proprietario può ancora rivendicarla; perciò, secondo la massima del diritto romano antico, non può agire con la *condictio*. Ma il ladro però non poteva invocare questo principio. Se il derubato agiva con la *condictio* per la cosa sottrattagli, di cui però ancora spettavagli la proprietà, l'azione era valida « *odio furum* » (11).

Ma il medesimo principio perdette in generale essenzialmente il suo valore, dopochè contro colui, che aveva avuto il possesso di una cosa

(5) GAIUS, *Inst.*, III, § 91. [« Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui « per errorem solvit re obligatur. nam proinde ei condici potest ' si paret eum « dare oportere ', ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut « mulierem cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est non « teneri condictione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis « non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat magis « distrahere vult negotium quam contrahere »].

(6) Fr. 12, D. *de cond. ind.*, 12, 6 [« Si fundi mei usum fructum tibi dedero « falso existimans me eum tibi debere et antequam repetam decesserim, condictio « eius ad heredem quoque meum transibit »].

(7) Fr. 1 pr., D. *de condictione sine causa*, 12, 7 [« Est et haec species « condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. qui « autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, « sed ipsam obligationem »].

(8) Fr. 4, fr. 10, D. *de condictione causa data causa non secuta*, 12, 4 [riportati al § 54, nota 8].

(9) Vedi WINDSCHEID, vol. II, § 421, nota 10 sgg. Il Cod. civ. germ., § 812, capov. 2°, rileva: « Come prestazione si considera anche il riconoscimento, mediante contratto, della sussistenza o non sussistenza di un rapporto obbligatorio ».

(10) Cfr. segnatamente il caso esaminato al vol. I, § 225, nota 25.

(11) GAIUS, *Inst.* IV § 4; § 14, Inst. *de actionibus*, 4, 6. [GAI, *l. c.*: « Sic itaque « discretis actionibus, certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere, « ' si paret eum dare oportere ': nec enim quod nostrum est, nobis dare potest, « cum scilicet id dari nobis intellegatur quod nostrum fiat; nec res quae nostra « est, amplius fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, « receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures « ex hac actione teneantur, ' si paret eos dare oportere ', quamvis sit etiam adversus « eos haec actio qua rem nostram esse petimus »].

altrui senza fondamento giuridico, si accordò una *condictio possessionis*, la quale competeva anche al proprietario che aveva perduto il possesso (12).

2° Il passaggio del patrimonio, sebbene formalmente compiuto, dev'essere materialmente ingiustificato. E propriamente può trattarsi:

a) di mala fede del debitore, talchè l'acquisto è anche subiettivamente contrario al diritto.

Per l'acquisto in mala fede vi sono tre specie di *condictiones*: la *condictio furtiva*, *ob turpem causam* ed *ob iniustam causam*;

b) Ma è pure sufficiente, che solo obiettivamente esista un ingiusto acquisto, senza che stia subiettivamente a carico del debitore. una colpa.

Lo scopo è allora l'impugnazione del diritto formale, privo dell'interno fondamento materiale.

Di tali *condictiones* ve n'ha tre: *la condictio indebiti*, *ob causam* e *sine causa*.

I moderni designano per lo più le *condictiones* come azioni di arricchimento, ponendone lo scopo nella restituzione dell'ingiustificato arricchimento (13). Ma ciò in generale non è punto esatto. Certo le *condictiones* hanno una base reale, e sono dirette alla restituzione, ma non già sempre solo sino all'ammontare dell'arricchimento del convenuto. In particolare le *condictiones* hanno per iscopo il compenso del danno interesse, a causa di subiettiva malafede del debitore (14).

---

(12) Fr. 15, § 1, D. *de condictione indebiti*, 12, 6; fr. 2, D. *de condictione triticaria*, 13, 3. [fr. 15, § 1 cit.: « Sed et si nummi alieni dati sint, condictio « competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans « possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. sed et si pos- « sessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari « non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem ». fr. 2 cit: « Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus « scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum « si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait »]. Cfr. sulla *condictio pos- « sessionis* Bruns, *Azioni possessorie* [Besitzklagen] pag. 185; Pflüger, *Azioni possessorie*, [Besitzklagen] pag. 120; Bolze, nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. LXXIX, pag. 206 sgg.

(13) Così particolarmente il Savigny, *loc. cit.*, pag. 564 [pag. 629 sgg. della traduzione italiana cit.]. Gli scrittori posteriori lo seguono. Il Windscheid tra gli altri dà alla teoria delle *condictiones* il titolo « arricchimento ingiustificato ». Egli non disconosce, che ciò non si adatti alla *condictio furtiva*, e tenta di separarla da tale cerchia. Contro di lui il Bolze, nell'*Arch. per la pratica civile*, vol. LXXVIII, pag. 422 sgg. — Contro la espressione « azioni di arricchimento », anche il Jacobi, *loc. cit.*, pag. 160, 182. Ma anche il Cod. civ. germ. intesta il relativo titolo: « arricchimento ingiustificato ».

(14) L'arricchimento dell'uno a svantaggio dell'altro non dà fondamento per sè solo ad alcuna obbligazione. Su di esso riposa l'ordinamento della società umana, la sua tendenza e le sue lotte. Non sta in contraddizione Pomponio, libro 9, *ex variis*

B) *Condictiones* per l'acquisto in mala fede.

§ 139 — La *condictio furtiva* (1).

La *condictio furtiva* obbliga alla restituzione di cosa sottratta.

È antica controversia, se sia un'azione di delitto. Naturalmente essa presuppone un delitto, un *furtum*. Ma il suo fondamento è reale, cioè il conseguimento della cosa sottratta dal patrimonio del derubato, ed il suo scopo quello reale della restituzione. Essa è perciò vera *condictio* (2); il che si mostra nelle sue singole regole:

a) Attore è solo il proprietario, che vanta diritti reali, al quale è stata sottratta qualche cosa (3). L'azione si estingue, se il proprietario, con propri atti, cede la proprietà della cosa rubatagli (4). Infatti essa sta al posto della *vindicatio* (5).

---

lectionibus, fr. 206, D. *de R. I.*, 50, 17: « Iure naturae aequum est neminem cum « alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem ». Si deve solo dare il debito peso alla parola *iniuria*. Nel fr. 14, D. *de condictione indebiti*, 12, 6, si spiega la mutilata variante, pel suo speciale rapporto al caso esaminato nel fr. 13, § 1, D. *eod.* [fr. 13, § 1 cit.: « Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum « accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit ». 14: « Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locuple- « tiorem »]. D'altra opinione W. Sell, *Saggi* [Versuche], 1833.

(1) Tit. Dig., *de condictione furtiva*, 13, 1; Cod. 4, 8. Cfr. Cod. civ. germ., §§ 848, sgg.

(2) Tra i moderni il Francke precipuamente dichiara la *c. furtiva* come una azione di delitto: *Contributi* [Beiträge], pag. 29. Secondo il Windscheid, vol. II, § 453, essa è « una pretesa di delitto, sotto la forma di una pretesa derivante da arricchimento ingiustificato ». Contro di ciò Savigny, vol. V, pag. 551 e Vangerow, vol. III, § 679, nota 2. Che i Romani non considerassero punto la *condictio furtiva* come un' azione di delitto, risulta tra l' altro dal trattamento di essa, nel caso del furto commesso dallo schiavo. Se essa fosse stata azione di delitto, si sarebbe diretta, come nossale, contro ogni padrone, e non meno contro il ladro stesso dopo la sua manomissione. Ma invece essa veniva data solo come azione di peculio contro il padrone; una *condictio furtiva noxalis* non esistette, e non viene neanche attestata dal fr. 4, D. *h. t.*, 13, 1: Savigny, *loc. cit.*, pag. 562. In corrispondenza di ciò si poteva veramente intentare anche contro lo schiavo stesso, dopo la sua manomissione, l'*actio furti*, ma non la *condictio furtiva*, salvochè egli divenuto libero avesse continuato il furto: fr. 15, D. *h. t.*, 13, 1. [fr. 4 cit.: « Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est « domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere « potest ». fr. 15 cit.: « Quod ab alio servus subripuit, eius nomine liber furti « tenetur: condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit »].

(3) Fr. 1, fr. 12, § 2, D. *eod.*, 13, 1 [fr. 1 cit.: « In furtiva re soli domino « condictio competit ». fr. 12 cit.: « Neratius libris membranarum Aristonem « existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, « si ea subrepta est »]. Se la *condictio* fosse una azione di delitto, si sarebbe dovuta riconoscere per tutti gl' interessati. Ma il suo fondamento è l' acquisto

b) Solo chi ha realmente, *realiter*, sottratto, ma non l'instigatore ed i cooperatori, possono essere convenuti (6).

Se però più persone hanno insieme consumato la sottrazione, sono tenute in solido (7).

L'azione si dirige illimitatamente contro gli eredi del sottrattore, come azione patrimoniale, non limitatamente come un'azione di delitto (8).

c) Oggetto dell'azione è la restituzione della cosa sottratta. Quivi il ladro è sempre in mora. Perciò egli è tenuto pel perimento fortuito, deve risarcire il massimo valore, che la cosa sottratta ha avuto nel frattempo tra il furto e la condanna, e restituire non solo i frutti percepiti e quelli trascurati, ma anche quelli che il derubato avrebbe potuto ricavare (9).

---

da un patrimonio altrui. Perciò spetta solo al proprietario e a chi vanta un diritto reale.

(4) Fr. 10, § 2, fr. 12 pr., D. *h. t.*, 13, 1 [fr. 10 cit.: « Tamdiu autem con- « dictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat: et ideo « si eam rem alienaverit, condicere non poterit ». fr. 12 cit.: « Et ideo eleganter « Marcellus definit libro septimo: ait enim: si res mihi subrepta tua remaneat, « condices. sed et si dominium non tuo facto amiseris, aeque condices »].

(5) Che la *condictio furtiva* concorresse elettivamente con la *vindicatio* — cfr. sopra § 138, nota 11 — non sta con ciò in contraddizione.

(6) Fr. 6, D. *h. t.*, 13, 1, di Ulpiano. [« Proinde etsi ope consilio alicuius « furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur »]. Veramente Paolo, nel fr. 53, § 2, D. *de V. S.*, 50, 16, ammette la *condictio furtiva* contro i cooperatori del furto, ma non contro l'instigatore. Lenel, *Ed.*, pag. 262. [fr. cit.: « Item dubitatum, illa verba ' ope consilio ' queamadmodum accipienda sunt, « sententiae coniungentium aut separantium. sed verius est, quod et Labeo ait, « separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui con- « silio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. sane post veterum « auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium « malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum « fuerit »]. Questa contraddizione non si spiega, come il Windscheid, vol. II, § 453, ritiene, dalla doppia natura della *condictio,* e dal fatto che Ulpiano abbia guardato al carattere esterno (la natura delle *condictiones*), e Paolo al carattere intrinseco (di delitto). Infatti Paolo avrebbe dovuto allora accordare la *condictio* anche contro l'instigatore. Piuttosto Paolo ammetteva, che il cooperatore, poichè partecipò alla *contrectatio*, avesse, almeno di fatto, preso per sè qualche cosa del patrimonio altrui, il che allora per lui *odio furum* doveva essere sufficiente per la *condictio*. Diversamente il Karlowa, *Storia del diritto romano*, vol. II, p. 786. Cfr. anche Pernice, *Labeone*, 2ª ediz., vol. II, pag. 107 sgg.

(7) C. 1, Cod. *h. t.*, 4, 8 [« Praeses provinciae, sciens furti quidem actione « singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim sub- « tractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros « liberari, iure proferre sententiam curabit »].

(8) Fr. 9, D. *h. t.*, 13, 1. [« In condictione ex causa furtiva non pro parte « quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus, pro parte « autem heres pro ea parte, pro qua heres est, tenetur »].

(9) Fr. 8, fr. 20, D. *h. t*, 13, 1 [fr. 8 cit.: « In re furtiva condictio ipsorum « corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desie-

§ 140. — *Condictio ob turpem vel iniustam causam* (1).

Può essere di regola ripetuto con *condictio* tutto ciò, di cui alcuno si fosse impadronito in conseguenza di delitto o di altra grave immoralità.

1. Di particolare specie è la *condictio ob turpem causam* (2), che ha lo scopo della restituzione di ciò, che il debitore si fece prestare immoralmente dal creditore in grazia di futuri atti od omissioni.

Si presuppone, che la prestazione fosse turpe solo per l'accipiente, e non per il datore. Tali sono segnatamente le estorsioni quando per esempio alcuno sia costretto ad un pagamento, per impedire la pubblicazione di un libello, o per riottenere un deposito, che il depositario, senza tal pagamento, non voglia restituire contrariamente al suo dovere (3).

Se nel negozio vi era in pari tempo un'immoralità del datore, per esempio, nel caso che abbia assoldato un sicario, nulla può essere ripetuto (4), ma neanche può essere intentata azione alcuna, per quanto egli abbia semplicemente promesso (5).

« rint esse in rebus humanis? et si quidem optulit fur, sine dubio nulla erit « condictio : si non optulit, durat condictio aestimationis eius : corpus enim ipsum « praestari non potest. Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aesti- « matio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam « plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur : « semper enim moram fur facere videtur. Novissime dicendum est etiam fructus « in hac actione venire ». fr. 20 cit.: « Licet fur paratus fuerit excipere condic- « tionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, « postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia « videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, « quam nec debuit auferre, moram facere »] Secondo il diritto comune devono anche senza dubbio risarcirsi gl'interessi.

(1) Tit. Dig. *de condictione ob turpem vel iniustam causam*, 12, 5. Cod. *de condictione ob turpem causam*, 4, 7, come pure Tit. Cod. *de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa*, 4, 9.

(2) Era prima controverso, se le denominazioni *condictio ob turpem vel iniustam causam* denotassero cosa diversa ovvero identica: Glück, vol. XIII, pag. 50. Attualmente si è d'accordo che trattisi di azioni differenti. Diversamente il Cod. civ. germ., § 817, periodo 1°: « Se lo scopo della prestazione è determinato in modo, che l'accipiente mediante l'accettazione abbia trasgredito un divieto di legge od offeso i buoni costumi, egli è obbligato alla restituzione ».

(3) Fr. 1, § 2, D. *h. t.*, 12, 5. Paulus, libro 10 *ad Sabinum*: « Quod si « turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest: » fr. 2 D., *eod.*, Ulpianus, libro 26 *ad edictum*: « ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, « ne furtum, ne hominem occidas... Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depo- « sitam apud te vel ut instrumentum mihi redderes ». Trib. Imp., vol. XXXVI, pag. 203.

(4) Fr. 3, D. *h. t*, 12, 5, Paulus, libro 10 *ad Sabinum*: « Ubi autem et « dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si

2. Ogni altro acquisto immorale dà origine alla *condictio ob iniustam causam* (6), per es., nel caso dell'accettazione d'interessi usurari (7).

Il contenuto di queste pretese si determina secondo le regole della *condictio furtiva* (8).

« pecunia detur, ut male iudicetur ». Cfr. inoltre fr. 4, § 3, D., *eod.*, ULPIANUS, libro 26 *ad edictum*: « Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et « Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, « sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter « accipere, cum sit meretrix ». Cfr. SEUFFERT, *Archivio*, vol. LI, num. 183. Concordemente il Cod. civ. germ., § 817, periodo 2°.

(5) C. 1, c. 5, Cod. *h. t.*, 4, 7. Concordemente il Cod. civ. germ., § 817, periodo 2°. [C. 1 cit.: « Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam te pecuniam « accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est interpositam ei, « qui super ea re cogniturus est, probandum est et eo impleto absolutio sequetur ». c. 5 cit.: « Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et con« fessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam « exactioni locum non esse. quamvis enim utriusque turpitudo versatur ac soluta « quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores « interposita denegandas esse actiones iuris auctoritate demonstratur ». § 817, period. cit.: « La ripetizione è esclusa, quando a carico di chi presta ricada del pari la violazione della legge o dei buoni costumi, salvochè la prestazione consistesse nella contrattazione di una obbligazione; ciò che si è prestato in adempimento di tale obbligazione non può essere ripetuto »].

(6) Fr. 6, D., *h. t.*, 12, 5: [« Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem « existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua « sententia etiam Celsus est »].

(7) C. 3, Cod. *h. t.*, 4, 9. [« Mala fide possidens de proprietate victus extan« tibus fructibus vindicatione, consumptis vero condictione conventus horum « restitutioni parere compellitur »].

(8) C. 7, Cod. *h. t.*, 4, 7. [« Eum, qui ob restituenda quae abegerat pecora « pecuniam accepit, tam hanc quam quae per hoc commissum tenuit restituere « debere convenit, licet mortua vel alio fortuito casu perisse dicantur, cum in « hoc casu in rem mora fiat »]. Secondo la c. 4 Cod. *eod.*, non potevano essere domandati gl'interessi. Ciò era una conseguenza della natura rigorosa dell'*actio certae pecuniae creditae*, che in Roma in tal caso dovevasi intentare, e non può secondo il diritto comune trovare alcuna applicazione alle *condictiones* per l'arricchimento ingiustificato. [c. cit.: « Quotiens accipientis, non etiam dantis turpis « invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam « usurae peti possunt »]. Secondo il Cod. civ. germ., § 819, capov. 2°, l'accipiente dalla recezione in poi è obbligato, come se la pretesa alla restituzione fosse a quel tempo divenuta pendente in giudizio, similmente cioè come un amministratore di cosa altrui.

C) Le *condictiones* a causa di acquisto obiettivamente ingiustificato.

§ 141. — La *condictio indebiti* (1).

Il pagamento di un debito presunto, ma non esistente, dà fondamento alla *condictio indebiti.*

Anche siffatti pagamenti trasmettono la proprietà; così il datore che l'accipiente avevano infatti la volontà della trasmissione in proprietà all'atto della tradizione (2).

Ma lo scopo del negozio, l'estinzione del debito, non può raggiungersi, perchè manca il debito. La trasmissione in proprietà è quindi priva di causa. Perciò a chi paga per errore viene concessa la *condictio indebiti* per la restituzione. I requisiti di essa sono i seguenti:

1° Pagamento allo scopo dell'estinzione del debito (3). Ciò deve prendersi nel senso più ampio. Trasmissione di danaro, di altre cose fungibili, di una *species*, prestazione di servigi (4), accollo di obbligazioni (5), persino rinuncie (6), qui appartengono.

---

(1) Tit. Dig. *de condictione indebiti*, 12, 6, Cod. 4, 5, Erxleben, Le *condictiones sine causa*, Parte prima, 1850, Voigt, *loc. cit.*, §§ 74 e 75, Pernice, *Labeone*, vol. III, pag. 238, Maur. Deribes, *De la* condictio indebiti, thèse, Paris, 1892.

(2) Cfr. vol. I, § 213.

(3) È necessario, che chi paga avesse l'intenzione della estinzione del debito. Che il creditore non conoscesse per caso ciò all'atto dell'accettazione, non viene in considerazione. Lenel, *loc. cit.*, pag. 224.

(4) Fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, D. *h. t.*, 12, 6. [fr. 26, § 12 cit.: « Libertus « cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis « putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura « enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, « sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, « repetere non potest. sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, « veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et « Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint « eaedem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur « hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et « ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestima- « tionem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta « fundnm indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc « sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio « habes: vel meis sumptibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec « debent? sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conductu- « rus. sed si delegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro vicen- « simo digestorum quaeritur. et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in « artificio sint (hae enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit « officiales delegatus, non potest condicere neque ei cui solvit creditori, cui alterius

Non è indispensabile un vero pagamento: anche la *datio in solutum* dà fondamento alla *condictio* (7).

2° Inesistenza del presunto debito, o che esso non sia giammai esistito, o che di già sia stato estinto. Come debito inesistente si considera anche quello, che può essere invalidato con una eccezione perentoria, in quanto questa non si lasci dietro un'obbligazione naturale (8).

I pagamenti per obbligazioni naturali, anche se avvenuti per errore, sono di regola irrepetibili (9-10).

« contemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, quia natura « ei debentur ». fr. 40. § 2 cit.: « Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne « operae ab eo petantur, quidquid postea solutum fuerit a liberto, repeti potest »].

(5) fr. 31 D., *h. t.*, 12, 6. [« Is, qui plus quam hereditaria portio efficit per « errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem »].

(6) fr. 39, D., *h. t.*, 12, 6. [« Si quis, cum a fideicommissario sibi cavere « poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse « divi Severus et Antoninus rescripserunt »].

(7) fr. 26, §§ 4-6, D., *h. t.*, 12, 6. [fr. 26, § 4 cit., riportato al § 58, nota 4; §§ 5, 6 citt: « Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pretii « quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit quasi maiorem modum « debens, superfluum olei esse repetendum. non totum et ob hoc peremptam « esse obligationem. Idem Marcellus adicit, si, cum fundi pars mihi deberetur, « quasi totus deberetur aestimatione facta, solutio pecuniae solidi pretii fundi « facta sit, repeti posse non totum pretium, sed partis indebitae pretium »]. RÖMER, *Prestazione in luogo di pagamento* [Leistung an Erfüllungsstatt], pag. 132.

(8) fr. 26, § 3 e § 7; fr. 30, fr. 32, § 1; fr. 43, D., *h. t.*, 12, 6. Concordemente il Cod. civ. germ., § 813, capov. 1°. [fr. 26, §§ citt.: « Indebitum autem « solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam « exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi « sciens se tutum exceptione solvit. Adeo autem perpetua exceptio parit condic« tionem, ut Iulianus libro decimo scripsit, si emptor fundi damnaverit heredem « suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tra« diderit, posse eum fundum condicere: idemque et si debitorem suum damna« verit liberare et ille ignorans solverit ». fr. 30 cit;: « Qui invicem creditor « idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, « si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti peti« tionem ». fr. 32, § 1 cit.: « Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia peta« tur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit et ideo reus « quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est. nihil autem « interest, fideiussor an heres eius solvat: quod si huic fideiussori reus heres « extiterit et solverit, nec repetet et liberabitur ». fr. 43 cit.: « Si quis iurasset « se dare non oportere, ab omni contentione discedetur atque ita solutam pecu« niam repeti posse dicendum est ». § 813 cit.: « Quanto si è prestato allo scopo dell'adempimento di una obbligazione, può essere ripetuto anche allora quando alla pretesa si opponeva una eccezione, per la quale veniva durevolmente escluso il far valere la pretesa »].

(9) Cfr. più sopra § 4, nota 9, § 5, nota 17.

(10) Possono essere ripetuti gl'interessi pagati, ma non dovuti, di un capitale dovuto? Sembra che neghi ciò il fr. 26 pr., D., *h. t.*, 12, 6. ULPIANUS, libro 26 *ad edictum*: « Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non

Se si pagò anticipatamente per errore un debito certo, non ancora scaduto, non sorge alcuna *condictio* (11), nemmeno per il vantaggio degl' interessi intermedi (12); infatti si è estinto un debito. Ma se un pagamento ebbe luogo per errore, per un debito condizionato (13) od altrimenti incerto nella sua esistenza, esso, durante lo stato di pendenza del debito, può essere ripetuto con la *condictio*: infatti nulla ancora è dovuto.

Chi, nell'erronea credenza di essere il debitore, paga il debito di un terzo, è autorizzato alla ripetizione, perchè egli non pagò il debito reale, ma un altro debito soltanto presunto; chi all'incontro paga il debito di un terzo, in nome di lui, per l'erronea credenza di essere a

---

« poterit, si sortis debitae solvit ». Si spiega ciò per lo più nel senso che il pagamento degli interessi costituisca « un dovere di affetto » del debitore: VANGEROW, vol. I, § 76. Ciò di certo non è esatto. — I Romani frequentemente intendono per *usurae indebitae* quelle che venivano promesse *ex pacto*, senza stipulazione: cfr. fr. 5, § 2, D., *de sol.*, 46, 3. A ciò soltanto si dovrà riferire il responso di Ulpiano. [Fr. 5, § 2 D., *de sol.*, 46, 3, cit.: « Imperator Antoninus « cum divo patre suo rescripsit.....: si sint usurae debitae et aliae indebitae, « quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum quam « indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto « naturaliter debebantur..... sed si forte usurae non sin debitae et quis simpli- « citer solverit, quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus cum divo « patre suo rescripsit, ut in sortem cedant..... »]

(11) Fr. 10 D., *h. t.*, 12, 6; Cod. civ. germ., § 813, capov. 2°. Ciò vale anche nel caso che si abbia in vista un cosiddetto « dies incertus quando, certus an », in particolare « cum moriar dare promisero ». fr. 17 D., *h. t.*, 12, 6; cfr. anche fr. 56 *eod.* [fr. 10 cit.: « In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum « repetere non possit ». fr. 17 cit.: « Nam si cum moriar dare promisero et « antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est ». fr. 56 cit.: « Sufficit ad causam indebiti incertum esse, temporaria sit an perpetua « exceptionis defensio. nam si qui, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paci- « scatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est « Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti: « ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit con- « dictionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio iuris, quae « causam incertam habet, condictionis instar obtinet ». § 813: « Se viene adempiuta anticipatamente una obbligazione a tempo, è esclusa la ripetizione; non può essere domandata la restituzione degl'interessi del tempo intermedio »].

(12) D'altra opinione il WINDSCHEID, *loc. cit.*, vol. II, § 426, nota 8. Concorda con ciò il Cod. civ. germ., § 813, capov. 2°.

(13) Fr. 16 D., *h. t.*, 12, 6. Naturalmente ciò non vale per le condizioni « necessarie », che devono verificarsi: fr. 18 D., *h. t.*, 12, 6. Esse non sono vere condizioni. Cfr. inoltre fr. 56 D., *eod.* [fr. 16 cit.: « Sub condicione debitum « per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem « exsistente repeti non potest. Quod autem sub incerta die debetur, die exsistente « non repetitur ». fr. 18 cit.: « Quod si ea condicione debetur, quae omnimodo « exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia condicione, quae an « impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit »].

ciò obbligato di fronte ad esso, non ha la ripetizione; infatti il creditore ottiene qui ciò, che egli aveva diritto a domandare. Chi paga quindi è rimandato al suo regresso contro il debitore liberato (14).

Il pagamento a chi non è creditore, ritenuto per il vero creditore, non libera il debitore, ma gli dà la *condictio* contro l'accipiente, salvochè il creditore avesse ratificato il pagamento, ovvero gli fosse stata in seguito consegnata la somma pagata (15-16).

---

(14) In questo senso devono conciliarsi due responsi di PAOLO. Nel fr. 65, § 9 D., *h. t.*, 12, 6, libro 17, *ad Plautium*, egli scrive: « Indebitum est... si « id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat ». Cfr. fr. 19, § 1, fr. 31 D., *h. t.*, 12, 6. [fr. 19, § 1 cit.: « Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is « qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel « bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim « neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit: quamvis « enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio « competit » fr. 31, rip. nota 5]. Ma nel fr. 44, *h. t.*, 12, 6, egli osserva, libro 14, *ad Plautium*: « Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam « vero debitore solutum est ». Ciò deve necessariamente riferirsi a casi, nei quali il pagamento non fu fatto « quasi ipse debeat ». Cfr. OERTMANN, nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. LXXXII, pag. 457.

(15) Fr. 65, § 9, D. *h. t.*, 12, 6; c. 8, Cod. *h. t.*, 4, 5 [fr. cit.: « Indebitum « est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii « solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat » c. 8 cit.: « Creditoris falso procuratori solventi adversus eum indebiti repetitio, non obli- « gationis liberatio competit »].

(16) L'errore può riguardare il contenuto del debito, e propriamente in diversi modi: *a*) chi ha pagato riteneva erroneamente di dovere cosa diversa da quella dovuta, ed in conformità di tale opinione ha prestato: naturalmente egli può *condicere*; *b*) egli doveva alternativamente, e prestò ambedue gli oggetti, nella erronea credenza di dovere l'uno e l'altro: senza dubbio deve essergliene restituito uno. Ma era controverso tra i giuristi romani, a chi spettasse la scelta. Celso, Marcello ed Ulpiano l'accordavano all'accipiente, il quale ormai è del pari debitore alternativamente; Giuliano, Papiniano ed infine Giustiniano, nella c. 10, Cod. *h. t.*, 4, 5, a chi aveva prestato. L'ultima opinione è la razionale. Il pagamento derivato da errore è come non fatto: spetta quindi al debitore, dopo come prima, la determinazione della cosa che dev'essere prestata. [c. cit.: « Si quis « servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem pro- « miserit et cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per « ignorantiam dependerit, dubitabatur, cuius rei datur a legibus ei repetitio, « utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei « facultatem. Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, « ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi conso- « nantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, « qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huius- « modi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae aucto- « ritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem. Nobis haec decidentibus Iuliani « et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi « habuit »]; *c*) chi deve cosa generica, e fornisce una *species*, credendo di essere obbligato specificamente, può *condicere*, e liberarsi mediante la prestazione di

3° Il pagamento dev'essere avvenuto per errore scusabile. L'errore di diritto perciò di regola non basta (17-18).

---

altra cosa del genere; *d*) chi deve alternativamente, e presta uno degli oggetti alternativamente dovuti, supponendo di doverlo *simpliciter*, può ripeterlo e prestare l'altro: fr. 32, § 3, D. *h. t.*, 12, 6; cfr. del resto fr. 19, D. *de leg.*, II. In tutti i relativi casi il creditore ha il diritto di ritenzione di ciò che si è erroneamente pagato, finchè non venga eseguito il debito pagamento: arg. fr. 26, § 4, in fine D. *h. t.*, 12, 6. [fr. 32, § 3 cit.: « Qui hominem generaliter pro- « misit, similis est ei, qui hominem aut decem debet: et ideo si, cum existimaret « se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando « liberari poterit ». fr. 19 cit.: « Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, cum « Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius « non habet: tamquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum « ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit ». fr. 26, § 4 cit.: « .. ager autem retinebitur donec debita pecunia solvatur »].

(17) Viene spesso affermato, che basti pure l'errore inescusabile. Ma le fonti richiedono con determinatezza la scusabilità: cfr. fr. 25 pr., D. *de probationibus*, 22. 3; c. 10, Cod. *de iuris et facti ignorantia*, 1, 18; fr. 9, § 5, D. *de iuris et facti ignorantia*, 22, 6; c. 6 e 7 Cod. *h. t.*, 4, 5; c. 9, Cod. *ad legem Falcidiam*, 6, 50; cfr. vol. I, § 87. [fr. 25 pr. cit.: « Cum de indebito quaeritur, « quis probare debet non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem « is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui « dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione « ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse « ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum « est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus « eam accepisse. probationem non debiti ab adversario exigere. sin vero ab initio « confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse « solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui « enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et inde- « bitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est « et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile « errasse. et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod « per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo « solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere ». c. 10 cit.: « Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. per « ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum « est ». fr. 9, § 5 cit.: « Si quis ius ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere « ei dicit epistula divi Pii. sed et imperatores Severus et Antoninus in haec « verba rescripserunt: ' Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non « per errorem solutum est, repeti non potest. quamobrem Gargiliani heredes, qui, « cum ex testamento eius pecuniam ad opus aquae ductus rei publicae Cirtensium « relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, « ut quod amplius cepissent municipes quam per legem Falcidiam licuisset red- « derent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur « et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquae ductus impendi, « frustra postulant reddi sibi a re pubblica Cirtensium, quasi plus debito dederint. « cum sit utrumque iniquum pecuniam, quae ad opus aquae ductus data est, « repeti et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus, quod « totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. quod si ideo repetitionem eius

Se l'accipiente conosce l'errore di chi paga, commette un *furtum*. Se ciò viene dimostrato, egli è perciò tenuto secondo i principii più rigorosi della *condictio furtiva* (19).

Anche il semplice dubbio di chi paga, circa l'esistenza del debito, basta alla ripetizione (20).

Inoltre essa viene assicurata con una riserva all'atto del pagamento (21).

« pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non « sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, « sed errantibus' ». c. 6 cit. : « Si per ignorantiam facti non debitam solutam « quantitatem pro alio solvisti et hoc adito rectore provinciae fuerit probatum, « hanc ei cuius nomine soluta est restitui eo agente providebit ». c. 7 cit.: « Fidei« commissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse explo« rati iuris est ». c. 9 cit.: « Error facti quartae ex causa fideicommissi non « retentae repetitionem non impedit. is autem, qui sciens se posse retinere uni« versum restituit, condictionem non habet : quin etiam, si ius ignoraverit, cessat « repetitio »]. Vedi le varie opinioni nel VANGEROW, vol. III, § 625, pag. 396. L'opinione qui sostenuta è condivisa dal BRINZ, vol. II, pag. 550, nota 39. In senso contrario il WAECHTER, *Pandette*, vol. II, pag. 502 ; K. ADLER, negli *Annali di* IHERING, vol. XXXIII, pag. 197. L'erronea evidenza, scusabile, che una eccezione non sia dimostrabile, può dar fondamento alla *condictio indebiti*: Trib. Imp., vol. XXI, pag. 198. Secondo il Cod. civ. germ., § 814, la ripetizione è esclusa solo allora, quando chi ha prestato sapeva di non essere obbligato alla prestazione.

(18) Fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 12, 6. (« Et quidem si quis indebitum ignorans « solvit, per hanc actionem condicere potest : sed si sciens se non debere solvit, « cessat repetitio ». Solo in parte è vero il responso del fr. 53, D. *de R. I.*, 50, 17. PAULUS, libro 42, *ad edictum*: « Cuius per errorem dati repetitio est, eius con« sulto dati donatio est ». Non sempre si tratta dell'intenzione di donare, quando scientemente si paga un indebito. Si può, per es., pagare per sfuggire ad un'incomoda lite che l'altro minacci, cioè per debolezza, o perchè non si voglia turbare una relazione di affari vantaggiosa, con una controversia su di una partita non rilevante.

(19) Cfr. § 130, nota 11, Cod. civ. germ., § 819, capov. 1° [« Se l'accipiente conosca il difetto di causa giuridica all' atto della recezione, o lo apprenda più tardi, egli, dalla recezione in poi, o dalla ricevuta notizia, è tenuto alla restituzione, come se la pretesa alla restituzione fosse a questo tempo divenuta pendente in giudizio »].

(20) Così decideva GIUSTINIANO la controversia dei giuristi romani, nella c. 11, Cod, *h. t.*, 4, 5. [« Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverunt « pecuniam, certamen legislatoribus incidit, utrumne id, quod ancipiti animo per« solverunt, possint repetere an non. Quod nos decidentes sancimus omnibus, qui « incerto animo indebitam dederunt pecuniam vel aliam quandam speciem persolvo« runt, repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos « induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur »].

(21) Fr. 2 pr., D. *h. t.*, 12, 6 [« Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse « indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit : negotium « enim contractum est inter eos »]. Una tale riserva può essere generale, e con-

Anche chi ha pagato per evitare un procedimento coattivo giudiziario od amministrativo, può ripetere, malgrado che conoscesse la non esistenza del preteso credito.

4° Chi in Roma pagava un preteso debito *ex causa iudicati* (22), od un debito *per damnationem*, a quello parificato (23), era escluso dalla ripetizione. Non così nel diritto comune (24-25).

---

tiene allora ogni eccezione, ovvero speciale ed allora non si estende ad altro. Del resto il creditore non può essere costretto ad accettare un pagamento sotto una riserva infondata.

(22) Antico assioma di diritto romano era: « qui ex causa iudicati solvit, « repetere non potest »: fr. 74, § 2, D. *de iudiciis*, 5, 1; fr. 36, D. *familiae erciscundae*, 10, 2, fr. 29, § 5, D. *mandati*, 17, 1; c. 1, Cod. *h. t.*, 4, 5; c. 2, Cod. *de compensationibus*, 4, 31. [fr. 74, § 2 cit.: « Cum absentem defendere « vellem, iudicium mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est « an heres liberaretur, item quae actio mihi adversus eum competere. respondi « iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse « et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, « repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere « adversus heredem: qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore « conveniatur ». fr. 36 cit. riportato al § 109, nota 13 fr. 29, § 5 cit.: « In omnibus « autem visionibus, quae praepositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecu « niam accipit vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi « ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei « iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam « calliditatem plectetur ». c. 1, Cod. cit.: « Pecuniae indebitae per errorem, non « ex causa iudicati solutae esse repetitionem iure condictionis non ambigitur. si « quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres extitisti, amplius debito « creditori suo persolvisse, repetere potes. Usuras autem eius summae praestari « tibi frustra desideras: actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae « indebita soluta est ». c. 2 cit.: « Ex causa quidem iudicati solutum repeti non « potest, eapropter nec compensatio eius admitti potest. cum vero, qui iudicati « convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium « est »]. Non solo cessava la ripetizione quando la sentenza emanata fosse nulla, ma anzi pur quando si fosse pagato in base ad una sentenza supposta, ma non esistente: fr. 36. D. *familiae erciscundae*. 10, 2. Paulus, libro 2, *quaestionum*... « quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem quod « quis se putat condemnatum ». Si deve, malgrado del Brinz, vol. II, pag. 546, lasciar valere alla lettera questo responso. Certo anche la semplice ipotesi di un debito per condanna, che non riposi su di un giudicato, basta ad escludere la ripetizione di un pagamento fatto in riguardo ad esso: vedi nota seguente. Perchè dovrà essere altrimenti nel caso del giudicato? Invero se una sentenza di prima istanza era coattivamente esecutoria e perciò veniva adempiuta era naturalmente schiuso il diritto alla ripetizione, se la sentenza veniva revocata nel giudizio di appello. Ciò era una conseguenza necessaria dell'istituto dell'appellazione.

(23) § 7, I, *de obl. quasi ex contractu*, 3, 27: « ... ex quibus causis infitiando « lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege « Aquilia, item ex legato ». C. 4, Cod. *h. t.*, 4, 5. [« Ea, quae per infitiationem « in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi « iuris est. sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, con-

Per ciò che riguarda il modo di far valere la *condictio*:

a) è autorizzato ad agire colui, in nome del quale avvenne il pagamento (26);

b) è obbligato quegli, al quale il pagamento fu eseguito. Se come rappresentante si è riscosso un debito inesistente, la *condictio* si ha contro il rappresentato, se questi avesse dato una procura a tale scopo, ovvero ratificato l'accettazione del pagamento, — altrimenti contro lo stesso accipiente (27);

c) riguardo all'oggetto della restituzione, si devono distinguere i pagamenti in danaro e le altre prestazioni.

« dictioni locum non esse constat »]. RUDORFF, nella *Rivista per la scienza storica del diritto*, vol. XIV, pag. 95.

(24) Cfr. GLÜCK, vol. XIII, pag. 94.

(25) È oscuro il principio del fr. 42 D. *h. t.*, 12, 6. ULPIANUS, libro 68, *ad edictum*: « Poenae non solent repeti, cum depensae sunt ». Cfr. fr. 46 *de R. I.*, 50, 17. [« Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere « nemo cogitur »]. Si deve ammettere che si sia voluto alludere alle pene, che nelle leggi venivano comminate con la formula « dare damnas esto », che cioè anche qui si facesse parola di un presunto debito esecutivo: cfr. KARLOWA, *La procedura civile romana* [Der römische Civilprozess], pag. 300. Non si tratta quindi di una regola giuridica, che abbia una pratica applicabilità.

(26) Fr. 6 pr.; fr. 57 pr., D., *h. t.*, 12, 6; fr. 18 D., *de condictione furtiva*, 13, 1; c. 6 Cod. *h. t.*, 4, 5. [fr. 6 cit.: « Si procurator tuus indebitum solverit « et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod « si debitum fuisset, non posse repeti Celsus: ideo, quoniam, cum quis procu- « ratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, « neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat ». fr. 57 cit.: « Cum inde- « bitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est ». fr. 18 cit., rip. § 130, nota 11; c. 6 cit. sopra nota 17]. Sul pagamento di debiti supposti fatto dal fideiussore, cfr. fr. 47 D., *h*, *t.*, 12, 6. [« Indebitam pecuniam per « errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo « solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspec- « tandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo « nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, « ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam « solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio « consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoveri »]. Vedi in generale SCHLOSSMANN, *La* condictio indebiti *nei pagamenti per un terzo* [Die *condictio indebiti* bei Zahlungen für einen Dritten], nella *Rivista* del GRÜNHUT, vol. IX, pag. 553; inoltre CERTMANN, *loc. cit.*, pag. 445.

(27) Fr. 6, § 2, fr. 57, § 1 D., *h. t.*, 12, 6. [fr. 6, § 2 cit.: « Celsus ait « eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitationem « considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitationem, quoniam « nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habea- « tur, a procuratore repetendum ». fr. 57, § 1 cit.: « Creditor, ut procuratori « suo debitum redderetur, mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti « causa convenietur: quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, « indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur perempta, si frustra « cum procuratore lis fuerit instituta »].

Il danaro dev'essere restituito nell'ammontare ricevuto; l'accipiente è un debitore di cosa generica, e quindi un'eventuale perdita per caso fortuito è di regola a suo danno.

Le altre cose — anche le cose fungibili, ad eccezione del danaro, per es., biade — devono essere restituite *in specie* (28). L'accipiente deve quindi prestare ciò ch' egli ancora possiede della cosa ricevuta; inoltre, nel caso dell'alienazione, deve restituire il prezzo ricavatone, e se egli consumò la cosa, il prezzo di essa al tempo della *consumptio*. Ma il fortuito perimento o deterioramento è a danno di chi ha pagato.

I frutti e le accessioni, che il debitore ha guadagnato, devono essere da lui restituite (29-30). Dalla mora in poi la sua obbligazione si aumenta secondo i principii generali (31).

---

(28) Le opinioni sull'oggetto della *condictio indebiti* sono assai divise: cfr. segnatamente MANDRY, nell' *Arch. per la prat. civ.*, vol. XXXXVIII, n. 9, e VANGEROW, vol. III, § 625, nota 3, pag. 404. Che il convenuto, nel caso di pagamenti in danaro, fosse tenuto alla restituzione del « tantundem » consegue determinatamente dal fatto, che il danaro poteva domandarsi con l'*actio certae pecuniae* (GAIUS, *Inst.*, III, § 91) con la quale non si richiedevano le « monete » ma « somme di danaro ». Concordano pienamente con ciò fr. 19, § 2 D., *h. t.*, 12, 6; c. 1 Cod. *h. t.*, 4, 5. All' incontro dal fr. 65, § 6 D., *h. t.*, 12, 6 risulta, che nel caso di fornitura di biade non dovute, si debba restituire la stessa massa fornita, ovvero il prezzo di essa. Cfr. inoltre fr. 26, § 12, fr. 65, §§ 7, 8 D., *h. t.*, 12, 6 Da ciò si spiegano i ffr. 7 D., *h. t.*, 12, 6 e 25 D., *de praescriptis verbis*, 19, 5, secondo i quali si deve rendere « aut ipsum aut tantundem »: l'ultimo vale pei pagamenti in danaro; il primo per le prestazioni di altra specie. Deve pur sempre ammettersi, che l'accipiente di danaro non dovuto, il quale per il suo presunto maggior patrimonio venne indotto a spese, possa imputarle di fronte alla ripetizione. Cfr. ora il Cod. civ. germ., § 818, capov. 3°. [GAIUS, *loc. cit.*, rip. al § 138, nota 5. Fr. 19, § 2 cit.: « Si falso existimans debere nummos sol- « vero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, eius summae partem dimidiam, « non corporum condicam ». C. 1 cit. rip. sopra, nota 22; fr. 65, §§ 6-8 citt.: « In frumento indebito soluto et bonitas est, et, si consumpsit frumentum, pretium « repetet. Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locari « potuit, sed quanti tu conducturus fuisses. Si servum indebitum tibi dedi eumque « manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non « teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas ». Fr. 26, § 12, rip. nota 4; fr. 7 cit.: « Quod indebitum per errorem solvitur, aut « ipsum aut tantundem repetitur ». Fr. 25 cit.: « Si operas fabriles quis servi « vice mutua dedisset, ut totidem reciperet posse eum praescriptis verbis agere, « sicuti si paenulas dedisset, ut tunicas acciperet: nec esse hoc contrarium, quod, « si per errorem operae indebitae datae sunt, ipse repeti non possunt, nam aliud « dando, ut aliud reddatur, obligari iure gentium possumus: quod autem inde- « bitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quorum « neutro modo operae repeti possunt ». § 818, cap. cit.: « L'obbligo alla restituzione od al risarcimento del valore è escluso, quando l'accipiente non più conservi l'arricchimento »].

(29) Fr. 15 pr., fr. 65, § 5 D., *h. t.*, 12, 6. [fr. 15 cit.: « Indebiti soluti « condictio naturalis est et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condic-

d) L'attore deve dimostrare il pagamento (32). Ma egli deve dimostrare anche l'inesistenza del presunto debito; perchè mentre egli lo ha pagato, lo ha *prima facie* riconosciuto.

Un notevole privilegio viene veramente accordato ai pupilli, minori, soldati, contadini e a persone di limitata intelligenza. Se essi pagano, e poi richiedono ciò che han pagato come non dovuto, l'accipiente deve di fronte ad essi offrire la prova del debito (33). Ma di ciò non volle saperne, a ragione, la pratica del diritto comune.

« tionem, ut puta partus qui ex ancilla natus sit vel quod alluvione accessit: immo « et fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in condictionem venient ». fr. 65, § cit: « Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debet « deducta impensa »].

(30) Secondo il diritto romano non potevano essere pretesi gl'interessi: c. 1, Cod. *h. t.*, 4. 5 [nota 22]. Ciò era una conseguenza del carattere di stretto diritto dell'azione; per diritto comune devono corrispondersi gl'interessi, secondo i medesimi principii che valgono nei *bonae fidei iudicia* romani, e precisamente cioè dalla mora in poi: Petražycki, *Il reddito,* vol. II, pag. 256. Cfr. anche Trib. Imp. nel Seuffert, *Arch.*, vol. XXXXVII, n. 111.

(31) Cfr. Cod. civ. germ. § 818, capov. 4° [« Dal cominciare della pendenza in giudizio, l'accipiente è tenuto secondo i principii generali »].

(32) Della prova nella *condictio indebiti* tratta la famosa legge 25 pr., §§ 1, 2 D. *de probationibus*, 22, 3, la quale reca invero il nome di Paolo, libro 3, *quaestionum,* ma è senza dubbio in gran parte opera dei compilatori. [Fr. 25 pr. cit., riportato più sopra, nota 17; §§ 1, 2 citt.: « Sin autem is qui indebitum « queritur vel pupillus vel minor sit vel mulier vel forte vir quidem perfectae « aetatis, sed miles vel agri cultor et forensium rerum expers vel alias simpli- « citate gaudens et desidia deditus: tunc eum qui accepit pecunias ostendere bene « eas accepisse et debitas ei fuisse solutas et, si non ostenderit, eas redhibere. « Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat. « sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel « quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus « iterum solvit vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit: ipsum omni- « modo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit vel iam solutam pecuniam « per errorem repetita solutione dependit vel tutus exceptione suam nesciens « proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse « exceptiones adfirmant vel solvisse debita contendunt haec ostendere exigit »]. Cfr. Römer, *L'onere della prova in riguardo all'errore* [Die Beweislast hinsichtlich des Irrtums], pag. 55; Bähr, *Il riconoscimento*, specialmente §§ 21 sgg.; Fr. Zimmermann, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. XXXXVIII, n. 4; C. Hofmann, nell'*Arch. per la scienza prat. del diritto*, Nuova serie [Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Neue Folge], vol. VIII, n. 10; Waechter, *Pandette,* vol. II, pag. 501. Più ampia bibliografia vedi nel Vangerow, vol. III, § 625, nota 2, pag. 402. Il Cod. civ. germ. non contiene alcuna decisione al riguardo

(33) Brinz, vol. II, pag. 549, nota 37. Poichè il creditore, quand'egli viene pagato, deve restituire al debitore il documento del debito, il pretendere da lui di dimostrare in seguito e forse dopo degli anni, che il debito a lui pagato sussisteva, doveva porlo nella peggiore condizione. Modificazioni del principio, nelle quali in parte giace un puro arbitrio, sono del resto stabilite nello stesso fr. 25, § 2, D. *de probationibus,* 22, 3.

All'incontro anche nel diritto comune si rovesciava l'onere della prova, quando l'accipiente negava di aver ricevuto il pagamento, che veniva invece dimostrato dall'attore. Il convenuto doveva in tal caso dimostrare l'esistenza del debito (34).

Anche il proprio errore nel pagamento doveva l'attore dimostrare; infatti l'errore è il principale fattore della pretesa (35). Spesso veramente l'errore risulta senz'altro dalla prova dell'inesistenza del debito e del suo pagamento.

§ 142. — La *condictio ob causam* (1-2).

La *condictio ob causam* deriva da quei negozi, nei quali si prestò qualche cosa in vista di scopi futuri, che non si verificarono (3).

a) Dev'essere avvenuta un'attribuzione del creditore al debitore mediante trasmissione in proprietà di cose (4), *datio*, o mediante promessa astratta (5), per es. cambiale, *promissio*, od in altra guisa.

---

(34) Sul valore delle disposizioni in esame, nel diritto comune, cfr. L. Seuffert, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXVII, pag. 351. Esse sono estranee al Codice civile germanico.

(35) Anche tale è veramente l'opinione dominante, ma controversa. Però, che all'attore spetti la prova dell'errore, ha segnatamente sostenuto il Waechter, *Pandette*, loc. cit. Ciò in ogni caso è estraneo al Cod. civ. germ.

(1) Tit. Dig. *de condictione causa data causa non secuta,* 12, 4; cioè la *condictio* perchè « non seguì la causa a ciò che era stato dato per una causa »: *causa non secuta* è ablativo assoluto, *data* è accusativo dipendente da *secuta, causa* è ablativo causale che si riferisce a *data*; cfr. Voigt, Le *condictiones*, pag. 490. Tit. Dig. *de condictione ob causam datorum,* 4, 6.

(2) Bibliografia: Waechter, *Doctrina de condictione causa data,* 1822; Erxleben, Le *condictiones sine causa*, Parte II, 1853; Wendt, *Diritto di pentirsi ed obbligatorietà* [Reurecht und Gebundenheit], Fascicolo 1°, 1878; Brinz, vol. II, pag. 533; Windscheid, nell'*Arch. per la prat. civ.*, vol. LXXVIII, pag. 181 sgg.; Perrice, *Labeone*, vol. III, pag. 259.

(3) Intorno all'epoca in cui venne in uso in Roma la *condictio ob causam,* sono possibili solo delle congetture. Servio Sulpicio già ne trattava: fr. 8 D., *h. t.*, 12, 4.

(4) Naturalmente il caso principale è la dazione di danaro: fr 1 pr., § 1; fr. 2 D., *h. t.*, 12, 4. [Fr. 1 cit.: « Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, « ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur vel a lite discedatur, causa « secuta repetitio cessat. Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox « repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere ». fr. 2 cit.: « Sed et « si falsum testamentum sine scelere eius qui dedit vel inofficiosum pronuntietur, « veluti causa non secuta decem repetentur »].

(5) Fr. 1, § 2 D., *de condictione sine causa*, 12, 7; fr. 24 D., *de mortis causa donationibus*, 39, 6. [Fr. 1, § 2 cit.: « Sive ab initio sine causa pro- « missum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, « dicendum est condictioni locum fore ». Fr. 24 cit.: « Quod debitori acceptum « factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei

b) Quest'attribuzione deve però costituire solo la prima parte del negozio, per modo che il compimento di esso dipenda da avvenimenti futuri.

Questi avvenimenti possono essere sottratti all'azione degl'interessati, come per es. in una donazione *mortis causa*, la quale dipende dal verificarsi della morte del donatario (6); — ovvero possono essere congiunti alla cooperazione dell'accipiente, senza che essa sola sia decisiva, per es. nella dazione di una dote allo sposo, la quale richiede che si contragga il matrimonio (7-8); — ovvero essi possono infine consistere in un atto dell'accipiente (9).

« potest condici: namque acceptilatione interveniente abitum ab iure pristinae « obligationis eamque in huius condictionis transfusam »].

(6) Fr. 12 D., *h. t.*, 12, 4. [« Cum quis mortis causa donationem, cum con« valuisset donato, condicit, fructus quoque donatarum rerum et partus et quod « adcrevit rei donatae repetere potest »]. Cfr. vol. I, § 112, nota 8.

(7) Fr. 6 e fr. 10 D. *h. t.*, 12, 4. [Fr. 6 cit.: « Si extraneus pro muliere « dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, « dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, quia de his causibus solummodo « fuit conventum qui matrimonium secuuntur, nuptiae autem secutae non sint, « quaerendum erit, utrum mulieri condictio an ei qui dotem dedit competat. et « verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi « causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matri« monio non copulato, nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit « hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret. sed et si « pater pro filia det et ita convenit, nisi evidenter aliud actum sit, condictionem « patri competere Marcellus ait ». fr. 10 cit., riportato al § 54, nota 8].

(8) Un caso che qui si appartiene è anche il pagamento di un debitore ad un gestore di negozi senza mandato del suo creditore, nell' aspettativa della futura ratifica di questo creditore, la quale viene a mancare: fr. 14 D., *h. t.*, 12, 4. [« Si « procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non « potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. « quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab « ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed « quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitatione non intercedente: vel « quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, « sed etiam condici ei posse »].

(9) Fr. 5 pr., §§ 1, 2 D., *h. t.*, 12, 4. [fr. 5 pr., § 1, riportato al § 7, nota 16; § 2, *eod. fragm.*: « Item si quis dederit Titio decem, ut servum emat et manu« mittat, deinde paeniteat, si quidem nondum emptus est, paenitentia dabit con« dictionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficietur: « si vero iam sit emptus, paenitentia non facit iniuriam ei qui redemit, sed pro « decem quae accepit ipsum servum quem emit restituet aut, si ante decessisse « proponatur, nihil praestabit, si modo per eum factum non est. quod si fugit « nec culpa eius contigit qui redemit, nihil prestabit: plane repromittere eum « oportet, si in potestatem suam pervenerit, restitutum iri »]. La *condictio ob causam* non è fondata, quando una prestazione avvenne in adempimento di un contratto bilaterale, anche se la controprestazione venne a mancare. In tal caso infatti non si prestava *ob causam futuram*. Diverso era il modo di concepire nei contratti innominati romani: cfr. sopra, § 7.

Essi possono costituire l'oggetto principale del negozio, o solo qualcosa di secondario, un *modus* (10).

Ma è necessario, che la realizzazione degli avvenimenti in questione sia parte costitutiva del negozio.

Ciò può risultare dall'essenza generale del negozio, come nelle donazioni *mortis causa*, ed in una costituzione di dote, o riposare su particolari convenzioni.

All' incontro sarebbe erroneo il ritenere, che le aspettative e i presupposti, avuti in animo od anche espressi dai contraenti alla conclusione del negozio, vengano senz'altro in considerazione. Se p. es. si vende ad un conoscente una parte di un fondo, nella espressa comune aspettativa, che debbano regnare buoni rapporti di vicinanza, e tuttavia più tardi sorga inimicizia, non sarà perciò a parlare di annullabilità del negozio di vendita (11). Solo allora sarà possibile ciò, quando quel presupposto fosse stato fatto parte costitutiva del negozio, come condizione o modo.

Se dunque, come frequentemente accade, si riconduce questa *condictio* al mancato presupposto, ciò non è falso, ma impreciso. Entrano in questione quei presupposti soltanto, che costituiscono parte costitutiva del negozio (12).

c) La *condictio* sorge, quando lo scopo è fallito, quando dunque il negozio avuto in mira non venne in essere. Non fa di regola alcuna differenza, per quale causa non si pervenne al compimento del negozio. Sia essa stata il caso fortuito (13), o la volontà stessa del datore (14), la *condictio* ha luogo.

---

(10) Cfr. vol. I, § 115 nota 9.

(11) Fr. 3, § 7 D., *h. t.*, 12, 4. ULPIANUS, libro 26, *ad edictum*. « ... ut et « ipse — Celsus — ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remu- « nerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse « opinione falsa deceptum.

(12) WINDSCHEID, vol. II, § 427, pone anzitutto in ciò il fondamento della *condictio ob causam*, che un « presupposto » stabilito in futuro non venne realizzato. Cfr. su di ciò vol. I, § 115. Il Cod. civ. germ. § 812, richiede, che il risultato avuto in mira con una prestazione secondo il contenuto del negozio giuridico, non si verifichi.

(13) Fr. 16. D. *h. t.*, 12, 4. Celsus, libro 3, *Digestorum* « ... et ideo, si mortuus « est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares ». Del resto l' esempio di Celso non si adatta più nel diritto odierno, poichè oggigiorno nel caso dato si dovrebbe ammettere un contratto di vendita. Cfr. sopra § 94, nota 5.

(14) Fr. 1, § 1, D. *h. t.*, 12, 4. ULPIANUS, libro 26, *ad edictum*: « Si parendi « condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, « possum condicere ». A. viene istituito erede sotto la condizione che dia 10,000 a B.: egli li paga, e rinunzia in seguito all'eredità, perchè, dopo più matura riflessione, non la trova sufficiente; egli può *condicere* i 10,000.

Frattanto nell'attribuzione può esservi stata anche l'intenzione, che l'accipiente debba ritenerla, quando egli stesso non faccia colposamente fallire lo scopo del negozio (15).

Il contenuto e l'estensione dell'obbligazione, pel tempo in cui non ancora si è verificato il caso di essa, od il debitore non ancora conosca, per errore scusabile, che si sia verificato, vengono commisurati secondo i principii della *condictio indebiti.* Per il tempo successivo egli deve restituire il reddito percetto e percipiendo (16).

L'attore a fondamento della sua azione deve solo dimostrare, che egli assegnò al convenuto qualche cosa per lo scopo del negozio da lui affermato; ed è obbligo del convenuto di provare che lo scopo si è verificato, o che ancora se ne attende l'esito (17).

---

(15) Ciò viene particolarmente ammesso nel caso dell'impossibilità dell'adempimento di un *modus*: c. 8, Cod. *h. t*, 4. 6. [« Dictam legem donationi, si non « impossibilem contineat causam, ab eo qui hanc suscepit non impletam condic- « tioni facere locum iuris dictat disciplina. quapropter si titulo liberalitatis res « tuas in sponsam conferendo certam dixisti legem, nec huic illa, cum posset, « paruit, successores ipsius de repetendis quae dederas, si hoc tibi placuerit, « convenire non prohiberis »]. Cod. civ. germ., § 815: « La ripetizione a causa del mancato avveramento del risultato avuto in mira con una prestazione, è esclusa, quando sin da principio era impossibile che il risultato si avverasse, e chi prestava ciò conosceva, od abbia slealmente impedito l' avveramento del risultato ».

(16) Cfr. fr. 38, § 1, D. *de usuris*, 22, 1; fr. 42, § 1, D. *sol. matr.* 24, 3. PETRAŽYCKI. *Il Reddito*, vol. II, pag. 33. Cod. civ. germ., § 820. [fr. 38 cit.: « Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfi- « nitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo « sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere « debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quo minus « nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec « est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei neglegere « fundum ». fr. 42 cit.: « Fructus ex praediis, quae in dotem data videbantur, « bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem absumptos, « quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. sumptus vero « necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis « fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit »].

(17) L'onere della prova è assai controverso. Cfr. WINDSCHEID, vol. II, § 439. nota 1; come pure Trib. Imp., vol. XIV, pag. 225. Bisogna partire da ciò, che il passaggio del patrimonio solo allora è giustificato, quando lo scopo di esso è adempiuto. Che una tale giustificazione esista, deve provare colui, che ritiene qualche cosa del patrimonio altrui. Così WINDSCHEID, *loc. cit.*, e Trib. Imp., *loc. cit.* Diversamente il BRINZ, vol. II, pag. 540. Controverso è inoltre l'onere della prova, quando il convenuto si richiama al fatto, che ancora continui l'incertezza, mentre l'attore afferma, che lo scopo di cui si tratta è fallito. Qui il Windscheid vuole imporre all'attore il carico della prova. A torto. Tocca anche qui al convenuto, di giustificare la ritenzione della cosa ricevuta per una *causa futura*, il che può attuarsi mediante la prova, che l'adempimento dello scopo ancora era da attendersi secondo il contenuto del negozio.

§ 143. — Le *condictiones sine causa* (1).

In senso più lato tutte le *condictiones* esaminate sono *sine causa*, giacchè tutte riposano su di un acquisto senza debita causa (2).

Ma in senso particolare si parla di *condictiones sine causa* negli acquisti senza causa, i quali non rientrano nelle categorie fin qui trattate. Esse servono ad integrare le *condictiones* non derivanti da delitto. Il loro campo è vasto (3).

Non si limitano a trasmissioni fatte dal creditore senza debita causa: invece esse si hanno anche, quando siasi acquistato qualche cosa senza causa da un patrimonio altrui, per es., in conseguenza di una specifizione (4), o per la vendita di una cosa altrui, per mezzo della quale il possessore di buona fede si sia arricchito a spese del proprietario di essa (5).

Le *condictiones sine causa* hanno applicazione tanto se l'acquisto era da principio privo di causa, come pure se tale divenne in seguito.

a) Alla prima specie appartiene tra l'altro l'acquisto, che neanche subiettivamente ha una causa, nel quale invece il caso e l'equivoco hanno la loro parte, come quando, per es., per un errore di scrittura vien posto in una cambiale uno zero in più (6); inoltre la trasmissione per un motivo solo presunto allo scopo, per es., di un negozio che ciascuna delle parti concepisce in modo diverso (7); infine allo scopo di un negozio vietato dalla legge, per es. di donazioni tra coniugi.

---

(1) Tit. Dig., *de condictione sine causa*, 12, 7; Cod., 4, 9. REINHARD, *Per la teoria della condictio sine causa* [Zur Lehre von der *c. s. c.* nell'*Archivio per la pratica civile*, vol. XXIX, n. 7, KIESSELBACH, negli *Annali di* IHERING, vol. V, n. 1.

(2) Gli antichi parlano perciò di una *condictio sine causa* « *generalis* », la quale concorreva con le altre azioni. Così già la glossa « *est* », al fr. 1 pr. D. *h. t.*, 12, 7. Ma non è a far parola di una concorrenza, invece soltanto di un punto di vista generale, sotto il quale le diverse *condictiones* possono essere scientificamente insieme compendiate. Cfr. MITTEIS, negli *Annali di* IHERING, vol. XXIX, 3; MAYR, *loc. cit.*, pag. 276.

(3) Cfr. VANGEROW, vol. III, § 628, pag. 409

(4) Cfr. vol. I, § 204. fr. 4, § 2, D. *de R. C.*, 12, 1. ULPIANUS, libro 34, *ad Sabinum*: « Ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt ».

(5) Cfr. vol. I, § 225, nota 25, Cod. civ. germ., § 816.

(6) Cfr. Trib. Imp., vol. X, pag. 111; c. un. Cod. *de calculi errore*, 2, 5. [« Errorem calculi, sive ex uno contractu sive ex pluribus emerserit, veritati « non adferre praeiudicium saepe constitutum est: unde rationes etiam saepe « computatas denuo retractari posse, si res iudicatae non sunt vel transactio « non intervenit, explorati iuris est. sed et si per errorem calculi velut de- « bitam quantitatem, cum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi « competit »].

(7) Cfr. i testi riportati al vol. I, § 213, nota 9.

b) Casi, nei quali la *condictio* originariamente esisteva e poscia scompare, la cosiddetta *causa finita*, sono tra l'altro: quello in cui dopo il pieno adempimento del negozio sia rimasta presso l'altro contraente l'arra (8), o quello in cui resti presso del creditore il titolo dopo l'estinzione del debito (9). — Altri esempi sono: quando si riceva il risarcimento dall'altro contraente per la perdita colposa di una cosa a lui affidata, che più tardi si riabbia (10), o quando una donazione venga rivocata per ingratitudine (11).

L'estensione della pretesa non è, nei diversi casi della *condictio sine causa*, sempre la stessa. Di regola valgono i principii svolti per la *condictio indebiti*. Ma in parecchi casi il convenuto è tenuto solo per l'ammontare del suo arricchimento, al tempo in cui viene intentata l'azione. Se egli ha perciò consumato la cosa ricevuta, nulla dovrà prestare. Così è segnatamente nel caso di una donazione nulla tra coniugi (12).

Capitolo III.

I diritti d'impugnativa dei creditori lesi.

A) *Diritto romano.*

§ 144. — **Sviluppo storico dell'** ***actio Pauliana*** (1).

I debitori oberati alienano spesso prima dell' apertura del fallimento (2) i loro averi, per sottrarli ai loro creditori. In ciò vi ha mancanza di fede, ed una grave minaccia del credito.

---

(8) Fr. 11, § 6, D. *de a. e. v.*, 19, 1 [riportato al § 12, nota 9].
(9) C. 2, Cod. *h. t.*, 4, 9 [riportata al § 55, nota 35].
(10) Fr. 2, D. *h. t.*, 12, 7 [riportata al § 44, nota 6].
(11) Cfr. più sopra § 108, num. 3 *a*.
(12) Fr. 5, § 18, fr. 6, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1 [fr. 5, § 18 cit.: « In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur « donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si « consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus « est »: fr. 6: « quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine « causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio « nasci solet »].
(1) Tit. Dig., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, 42, 8; Cod. *de revocandis his, quae per fraudem alienata sunt*, 7, 75.
(2) Gli atti del fallito dopo l'apertura del fallimento sono, secondo l'odierno diritto, relativamente nulli di fronte ai creditori. La legge sul fallimento del 17 maggio 1898, § 6, li designa come « inefficaci » di fronte ai creditori concorrenti. Secondo il diritto romano i creditori immessi erano protetti contro gli svantaggi

Finchè esisteva una rigorosa esecuzione personale, erano invero poco a temersi tali macchinazioni, poichè provocandosi per esse il dispetto del creditore, i debitori ne avrebbero pagato il fio. Limitatasi l'esecuzione personale, divennero necessari, in favore dei creditori, dei mezzi di difesa che furono concessi dal pretore.

Per la valutazione di essi deve considerarsi, che in Roma vi erano due specie di fallimenti, cioè l'ordinario, mediante l'*emptio bonorum*, e l'altra forma posteriore della liquidazione mediante i curatori. Per queste due forme il pretore stabilì particolari azioni di fraudatorie (3).

1° Riguardo al procedimento ordinario, con la *emptio bonorum*, il cammino fu il seguente:

a) Anzitutto si provvide al caso in cui il debitore, per nuocere ai suoi creditori, aveva alienato cose corporee a lui appartenenti a terzi consci dell'inganno. Questo è oggi e fu in tutti i tempi il caso principale del doloso pregiudizio dei creditori. Ed invero il pretore concesse ai creditori concorrenti immessi nei beni, il cui pregiudizio rimaneva stabilito dal risultato della *bonorum emptio*, una *vindicatio utilis* delle cose alienate, in luogo del debitore, con la finzione che l'alienazione non avesse avuto luogo (4).

---

recati da quegli atti, mercè il loro diritto di pegno pretorio. Cfr. anche fr. 6, § 7. D. *h. t.*, 42. 8 [« Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui « debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis « sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim « vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem « vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeri- « pere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum « facta esset »].

(3) Vedi più sopra § 56. Senza riconoscere ciò, non si può ottenere un esatto quadro dello sviluppo storico. Perciò neanche le acute e dotte monografie di HUSCHKE, nella *Rivista* del LINDE, nuova Serie, vol. XIV, n. 1 e dello SCEY, nella *Rivista per la Storia del diritto*, [Zeitschrift für Rechtsgeschichte], vol. XIII, pag. 120, poterono pervenire a sani risultati. Nondimeno ancora oggi UBBELOHDE in GLÜCK, libro 43, Parte prima, pag. 167, e Parte seconda, pag. 364, si tien fermo all'opinione, che il pretore per l'identico caso avesse stabilito dapprima un'*actio* e poi un *interdictum*, e quest'ultimo propriamente allo scopo, che anche fuori il tempo ordinario destinato all' amministrazione della giustizia (*actus*), si potesse agire col rimedio fraudatorio. Ma il pretore avrebbe potuto ricorrere a mezzo più semplice. Del resto anche ENRICO SERAFINI, nell'*Arch. giuridico*, vol. XXXVIII, pag. 119, secondo lo SCHNEIDER, *Rivista critica trimestrale*, vol. XXXII, pag. 251, si è dichiarato contro di me. — La mia distinzione approvano il GRADENWITZ, nella *Rivista della Fondazione di Savigny*, vol. VIII, pag. 255, ed il LENEL, *Palingenesia*. Cfr. ancora BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, 1892. Parte I, cap. 1.

(4) § 6, I. *de actionibus*, 4. 6. [« Item si quis in fraudem creditorum rem « suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis « permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere

b) Questa più antica azione fraudatoria presupponeva, che il comune debitore prima dell'alienazione fosse proprietario delle cose reclamate in giudizio, e che i creditori potessero ciò dimostrare. Soltanto sotto questo presupposto era fondata la *vindicatio*, sulla base della rescissione dell'alienazione. Ma quella prova non era sempre possibile, ed in ogni caso molesta e gravosa pei creditori. Perciò il pretore diede loro l'*interdictum fraudatorium* (5). Questo era *apiscendae possessionis*, e presupponeva che le cose in questione fossero state di fatto nel patrimonio del debitore, e che dal debitore medesimo fossero state fraudolentemente sottratte al suo patrimonio, con la scienza del convenuto.

c) A ciò il pretore congiunse in modo generale, a difesa del creditore frodato, la concessione di un'*actio in factum*, e, secondo le circostanze, persino contro gli altri partecipanti nel negozio, che all'atto dell'acquisto non avevano notizia alcuna della frode (6).

d) Così pure egli prometteva di rifiutare l'azione contro il *bonorum emptor* per i contratti, che il comune debitore aveva fraudolentemente compito con la consapevolezza degli altri contraenti (7).

2° Quando all'alienazione della massa vennero preposti i curatori, il pretore infine concesse un'azione fraudatoria, la quale ormai venne concepita in modo così generale, che colpiva tutte le macchinazioni dei debitori infedeli (8).

« eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse »]. È questa la medesima azione, che CICERONE, *ad Atticum*, I, 1. § 3, menziona. È evidente, che questa angusta e limitata azione, che del resto anche CICERONE, *loc. cit.*, pone in relazione con la *bonorum venditio*, non possa essere identica all' azione più ampia ed astratta, che il pretore, fr. 1 pr., D. *h. t.*, 42, 8, prometteva al curatore dei beni [fr. cit., riportato più sotto nota 8].

(5) L'*interdictum fraudatorium*, secondo il fr. 10 pr., D. *h. t.*, 42, 8, ULPIANUS, libro 73, *ad edictum*, suonava così: « Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente « te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, « actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus « est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas ».

(6) Quest'azione venne annessa all'*interdictum fraudatorium*, con le parole: « Interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam » (fr. 10 pr. cit.). Il riferimento alla *emptio bonorum* risulta dal fr. 10, § 18, D. *h. t.*, 42, 8 [« Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis « bonorum »].

(7) Fr. 25, D. *de rebus auctoritate iudiciis vend.*, 42, 5. ULPIANUS, libro 64, *ad edictum*: « Ait praetor: ' Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona « venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo « nomine detur ' ».

(8) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 42, 8: « Ait pretor: ' Quae fraudationis causa gesta erunt « cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de « ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit,

Una delle azioni si chiamò *actio Pauliana*: quale, può esser dubbio (9).

Nella compilazione giustinianea sono fuse insieme le azioni fraudatorie dell'antico diritto, non senza che sianvi rimaste delle contraddizioni. Si suol chiamare *actio Pauliana* l'azione fraudatoria del diritto giustinianeo.

§ 145. — I principii dell'*actio Pauliana* (1).

L'*actio Pauliana* ha radice esclusivamente nella mala fede del debitore, — essa ha dunque un fondamento subiettivo.

1. Suoi presupposti sono i seguenti:

a) Alienazione del patrimonio per opera del debitore. Ciò deve prendersi nel senso più ampio. Alienazione di cose corporee, di diritti, accollo di oneri, contrattazione di debiti, rinunzie, vanno qui comprese (2).

« actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo ' ». Chi confronta l'editto riportato alla nota 5 col presente, non può dubitare, come il pretore avesse stabilito particolari editti per la *bonorum emptio* e per la liquidazione del patrimonio mediante i curatori. Che nel fr. 1 pr., D. *h. t.,* la parola « curatori » non sia interpolata, risulta dal corso del commentario di Ulpiano all'editto, che nel libro 66 tratta dei curatori e nel libro 64 della *emptio bonorum*. Cfr. particolarmente LENEL, *Edictum*, pag. 351. Certo UBBELOHDE, *loc. cit.*, pag. 168, apparentemente con fondamento in sostegno del fatto, che anche quest'azione stesse in connessione con la *bonorum emptio*, si richiama al fr. 6, § 12, *h. t.* Ma contro di ciò cfr. LENEL, *Palingenesia*, vol. II, pag. 799, n. 1. [fr. 6 cit.: « Simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino « ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. et ait Labeo hactenus eum « teneri, ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de peculio damnetur vel « si quid in rem eius versum est. eadem in filio familias probanda sunt. sed si « dominus scit, suo nomine convenietur »].

(9) Nel fr. 38, § 4. D. *de usuris*, 22, 1, Paolo designa col nome di Pauliana l'azione personale fraudatoria; TEOFILO, al § 6, Inst. *de actionibus*, 4, 6, la chiama anche la fraudatoria *rescissoria in rem*. [fr. 38 cit.: « In Fabiana quoque « actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revo- « cantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, « atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum ' restituas ', « quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque « restituantur »].

(1) OTTO, *L'impugnativa, secondo il diritto comune, sassone ed imperiale* [Die Anfechtung, nach gemeinem, sächsischem und Reichsrecht], 1881. Ivi si cerchi la più importante bibliografia antica.

(2) Fr. 1, § 2, fr. 2, fr. 3 pr., D. *h. t.*, 42, 8. [Fr. 1, § 2 cit.: « Ait ergo « praetor ' quae fraudationis causa gesta erunt ', haec verba generalia sunt et « continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel que- « cumque contractum. quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his

Non fa differenza se l'alienazione avvenne mediante atti fraudolenti od omissioni fraudolente (3).

Il rifiuto da parte del debitore di un acquisto offertogli non è però colpito (4).

b) Intenzione del debitore di pregiudicare i suoi creditori — *consilium fraudandi* (5).

c) Risultato di questa intenzione, in quanto i creditori, che dove-

---

« verbis revocari, qualecumque fuerit: nam late ista verba patent. sive ergo rem « alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit, » fr. 2: « idem erit « probandum: et si pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum prae- « ponat, » fr. 3: « vel ei praebuit exceptionem sive se obligavit fraudandorum « creditorum causa sive numeravit pecuniam vel quodcumque aliud fecit in fraudem « creditorum, palam est edictum locum habere »].

(3) Fr. 3, § 1, fr. 4, D. *h. t.*, 42, 8. [Fr. 3 cit.: « Gesta fraudationis causa « accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam « si forte data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiatur vel a debi- « tore non petit, ut tempore liberetur, aut usum fructum vel servitutem amittit ». Fr. 4 cit.: « In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, « intellegendum est, id est si non utatur servitutibus »].

(4) Fr. 6 pr., § 5, D. *h. t.*, 42, 8. [« Quod autem, cum possit aliquid quae- « rere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim « edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne « locupletentur. Si servum suum heredem institutum alienavit, ut ius emptoris « adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit, cessat « edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem: at si in ipsa servi aliena- « tione fraus est, revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisisset »]. La più antica azione fraudatoria partiva dal caso dell'alienazione: vedi § 144, nota 4. — Se pure gli editti posteriori vennero concepiti in modo più ampio, fr. 1 pr., D. *h. t.*, si rimase fermi al concetto fondamentale.

(5) Fr. 1 pr., § 1; fr. 17, § 1, D. *h. t.*, 42, 8; fr. 10, D. *qui et a quibus*, 40, 9. [Fr. 1, § 1 cit.: « Necessario praetor hoc edictum proposuit, quo edicto « consuluit creditoribus revocando ea, quaecumque in fraudem eorum alienata « sunt ». Fr. 17, § 1 cit.: « Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis « isdemque filiis naturalibus universas res sua tradidit. respondit: quamvis non « proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit « et universa bona sua alienavit, intellegendus est fraudandorum creditorum con- « silium habuisse: ideoque et si filii eius ignoraverunt hanc mentem patris sui « fuisse, hac actione tenentur ». Fr. 10 cit.: « In fraudem creditorum manu- « mittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel « datis libertatibus desiturus est solvendo esse. saepe enim de facultatibus suis « amplius, quam in his est, sperant homines. quod frequenter accidit his, qui « transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, « per servos atque libertos exercent: quod saepe, adtritis istis negotiationibus « longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent « servis suis libertatem »]. Basta la coscienza del danno, anche solo eventuale, dei creditori. Non si richiede che questo danno sia lo scopo principale dell'atto. Anche chi danneggia i suoi creditori con un atto di gratitudine verso altri o di pietà, agisce di fronte a loro fraudolentemente. Trib. Imp., vol. IX, pag. 73. La *culpa lata* deve parificarsi al dolo.

vano essere pregiudicati, o quelli che subentrarono al loro posto, non possono integralmente essere sodisfatti dal patrimonio del debitore (6).

d) Il socio del negozio è vincolato solo quando, o abbia avuto notizia dell'intenzione fraudolenta, ovvero abbia conseguito un'attribuzione a titolo lucrativo mediante il negozio fraudolento (7).

2. Si possono impugnare i pagamenti che il debitore oberato fece ad alcuni dei suoi creditori, per favorirli a preferenza degli altri?

I Romani risolvevano negativamente la questione, poichè il debitore non agisce fraudolentemente quando paga debiti, e in nessun caso nemmeno il creditore, quando accetta quanto a lui è dovuto (8). Ciò valeva perfino pei pagamenti di debiti non per anco scaduti. Solo dovevasi restituire agli altri creditori il vantaggio dell'*interusurium* per il pagamento anticipato (9).

---

(6) Fr. 10, § 1, D. *h. t.*, 42, 8. [« Ita demum revocatur, quod fraudandorum « creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, « quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. ceterum si illos « dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem sim- « pliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat « revocatio: si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos « fraudare voluit, Marcellus dicit revocationi locum fore. secundum hanc distinc- « tionem et ab imperatore Severo et Antonino rescriptum est eoque iure utimur »].

(7) Si presuppone l'acquisto a titolo lucrativo. Non è addirittura necessaria la donazione. Anche i legatari possono essere convenuti senza riguardo alla partecipazione alla frode: fr. 6, § 13, D. *h. t.*, 42, 8; come pure chi è stato favorito mediante la remissione di un diritto di pegno: fr. 2 e fr. 18, D. *h. t*, 12, 8, malgrado che non siano donatari in senso proprio. [Fr. 6, § 13 cit.: « Item si « necessarius heres legata praestiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, « etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam: quod nequaquam « dubium est ». Fr. 18 cit.: « Etsi pignus vir uxori vel uxor viro remiserit, « verior sententia est nullam fieri donationem existimantium. quod sine dubio, « si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur. idemque est et si quivis « debitor in fraudem creditorum pignus omiserit »]

(8) Ciò sancisce la famosa legge 6, § 7, D. *h. t.*, 42, 8. ULPIANUS, libro 66, *ad edictum*: « Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam « pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens pru- « densque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigi- « lavit ». Neanche l'adempimento di obbligazioni naturali appare fraudolento ed impugnabile: fr. 19 e fr. 20, D. *h. t.*, 42, 8. [Fr. 19 cit.: « Patrem, qui non « exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate « restituit omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus « exhibitionis, respondi non creditores fraudasse ». Fr. 20 cit.: « Debitorem, qui « ex senatus consulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri « in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis « fideliter facere »].

(9) Fr. 10, § 12, D. *h. t.*, 42, 8. ULPIANUS, libro 73, *ad edictum*: « Si, cum « in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi « commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor « fraudem intellegit etiam in tempore fieri; cfr. fr. 17, § 2, D. *h. t.*, 42, 8.

Nondimeno la possibilità di siffatta preferenza, per parte del debitore, di singoli creditori a lui prossimi, non corrisponde all'equità, e non è propizia agl'interessi del credito. Perciò la teoria della gratificazione, che dominò lungo tempo nel diritto comune accordava ai creditori concorrenti il diritto d'impugnativa, anche pel favoreggiamento dei creditori, mediante il pagamento di essi (10). Ma questa teoria non si poteva sostenere di fronte alle fonti romane nell'epoca moderna.

La costituzione di pegno in favore di un creditore, a svantaggio degli altri, è annullabile (11), e non meno la dazione *in solutum* (12): in esse infatti si hanno nuovi negozi.

3. L'azione fraudatoria è personale, non reale (13).

a) È autorizzato ad agire il curatore del fallimento, e secondo il bisogno anche il creditore frodato (14).

b) Può essere convenuto il socio del negozio del debitore, finchè egli fosse conscio della frode, o avesse fatto per essa un acquisto lucrativo (15). È ammissibile l'azione anche contro lo stesso debitore fraudolento (16).

[« Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem « dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier « tantum praestabit, quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi: nam « praetor fraudem etiam in tempore fieri intellegit »]. La cosa è però controversa.

(10) La teoria della gratificazione venne combattuta precipuamente dal Francke, nell'*Archivio per la prat. civ.*, vol. XVI, n. 5; per essa si fece avanti il Lasperres, nell'*Arch.*, ivi, vol. XXI, n. 2, contro di lui il Vangerow, vol. III, § 697, pag. 621, come pure il Brezzo, *loc. cit.*, pag. 344.

(11) Fr. 10, § 13, D. *h. t.*, 42, 8. [« Si cui solutum quidem non fuerit, sed « in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime « constitutum »].

(12) Ciò è controverso, cfr. Vangerow, vol. III, § 698, pag. 628, A. Hennig, *L'impugnabilità della* datio in solutum [Die Anfechtbarckeit der *d. i. s.*]. Diss. Univ. Breslavia, 1897.

(13) Se l'azione fraudatoria sia « in personam » ovvero « in rem », non è esente da controversie. Cfr. gli scrittori citati dallo Schey, *loc. cit.*, pag. 125, nota 11. Nel fr 38 pr., § 4, D. *de usuris*, 22, 1, la *Pauliana* viene espressamente designata come azione personale. [Fr. 38 pr.: « Videamus generali, quando « in actione quae est in personam etiam fructus veniant »]. Neanche può essere dubbio, che tutte le azioni insieme riunite sotto il titolo delle *Pandette* hanno in sè il carattere di personali. Certo il rimedio giuridico menzionato nel § 6, I, *de actionibus*, 4, 6 (più sopra, § 144, nota 4), era, almeno secondo la sua forma, reale. Ma esso, come risulta dalle *Pandette*, non si è mantenuto nel diritto giustinianeo; era stato già da lungo tempo soffocato dalle azioni fraudatorie più recenti, ed in particolare da quella contenuta nel fr. 1 pr., D. *h. t.*, 42, 8, la quale nel diritto giustinianeo deve riguardarsi come il rimedio giuridico fraudatorio vero e proprio. Diversamente il Brezzo, *loc. cit.*, pag. 85.

(14) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 42, 8. Otto, *loc. cit.*, pag. 127 e pag. 213.

(15) Anche i terzi possono essere convenuti, se essi, al tempo dell'acquisto, erano consapevoli della scienza della frode nel loro contraente: arg. fr. 9, D. *h. t.*,

c) Chi partecipò al dolo deve mettere il creditore leso nella condizione in cui si troverebbe, se l'alienazione non avesse avuto luogo (17). Non viene in considerazione, se egli possieda la cosa oppur no; il rischio è a carico di lui (18). Egli deve restituire i frutti, le accessioni e gl'interessi, non semplicemente quelli che percepì, ma bensì tutto ciò, che il debitore fraudolento avrebbe potuto prevedibilmente guadagnare (19).

42, 8. Veramente ciò è tuttavia controverso: cfr. OTTO, *loc. cit.*, pag. 113 e gli scrittori ivi citati. [Fr. cit.: « Is, qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens « rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus « emptor conveniri potest. sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem « non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemad- « modum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit: is autem, « qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, « quod accepit, tenebitur »].

(16) Ciò stabiliva espressamente l'Editto riguardo alla liquidazione mediante i curatori: fr. 1 pr., D. *h. t.*, 42, 8; riguardo poi al concorso dei creditori ordinario l'affermò la giurisprudenza: fr. 10, § 24, fr. 25, § 7, D. *h. t.*, 42, 8. [fr. 10, § 24 cit.: « Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem « actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, « qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. sive « igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio « in id quo ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perve- « niret ». Fr. 25, § 7 cit.: « Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet « Mela non putabat in fraudatorem eam dandam, quia nulla actio in eum ex « ante gesto post bonorum venditionem daretur et iniquum esset actionem dari « in eum, cui bona ablata essent. si vero quaedam disperdidisset, si nulla ratione « reciperari possent, nihilo minus actio in eum dabitur et praetor non tam emo- « lumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poenam »].

(17) Fr. 38, § 4, D. *de usuris*, 22, 1. PAULUS, libro 6 *ad Plautium* « ... praetor « id agit, ut perinde sint omnia, atque se nihil alienatum esset ».

(18) Il socio in dolo del debitore fraudolento sopporta il rischio, salvochè egli possa dimostrare, che la cosa sarebbe perita anche presso dell'alienante. Tale questione del rischio nondimeno è controversa.

(19) Fr. 10, § 20, D. *h. t.*, 42, 8. ULPIANUS, libro 73, *ad edictum*: « Et « fructus, non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt « a fraudatore, veniunt, sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti dedu- « cantur: [nam arbitrio iudicis non prius cogendus est rem restituere, quam si « impensas necessarias consequatur: idemque erit probandum et si quis alios « sumptus ex voluntate fideiussorum creditorumque fecerit »]. Sino a tal punto non giungeva l'*interdictum fraudatorium*. Da ciò è rimasta, nel fr. 25, § 4, D. *h. t.*, SCHEY, *loc. cit.*, pag. 164, una contraddizione, la quale ha dato molto da pensare. [Fr. 25, § 4 cit.: « Non solum autem ipsam rem alienatam restitui « oportet, sed ed fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis « fraudatoris fuerunt, item eos, qui post inchoatum iudicium recepti sint: medio « autem tempore perceptos in restitutionem non venire. idem partum ancillae per « fraudem alienatae medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in « bonis non fuerit »].

Gli acquirenti di buona fede, nel caso della Pauliana, sono responsabili solo sino all'ammontare del loro arricchimento, al tempo in cui s'intenta l'azione (20).

d) Ciò che il convenuto ha prestato per le cose a lui alienate, può egli compensare, in quanto l'attore ne abbia profittato (21).

e) L'azione si prescrive in un anno, computato *utiliter*, dal momento in cui essa sorse per l'attore (22). In seguito essa è diretta ancora all'arricchimento del convenuto (23).

f) Gli eredi sono responsabili, secondo i principii delle obbligazioni *ex delicto* (24).

B) Il diritto d'impugnativa, secondo le leggi dell'Impero (1).

§ 146. — **Il diritto d'impugnativa in generale.**

Nel diritto moderno venne assai allargato il diritto d'impugnativa dei creditori.

Questo diritto nuovo sorse già nel medio evo, negli statuti delle

---

(20) Fr. 6. §§ 11, 12; fr. 10. § 5, D. *h. t.*, 42. 8. [Fr. 6 cit.: « Simili modo « dicimus et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, « gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur iniuria adfici « is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. in hos « tamen, qui ignorantes ab eo qui solvendo non sit liberalitatem acceperunt, « hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non ». Fr. 10, § 5 cit.: « Ait praetor ' sciente te ', id est eo, qui convenietur hac actione. quid « ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? videmus, an actioni « locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adulescentis. « et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus « quid ad eos pervenit »].

(21) Fr. 7, 8, D. *h. t.*, 42, 8. [Fr. 7 cit.: « Si debitor in fraudem creditorum « minore pretio fundum scienti emptori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando « eo actio datur, eum petant, quaesitum est, an pretium restituere debent. Pro- « culus existimat omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non « solvatur: et rescriptum est secundum Proculi sententiam ». Fr. 8 cit.: « Ex « his colligi potest ne quidem portionem emptori reddendam ex pretio: posse « tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi « soluti in bonis oxstent, iubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur »].

(22) Fr. 1 pr., D. *h. t.*, 42, 8; cfr. fr. 10, § 18, D. *eod.*; fr. 6, § 14, *eod.*, la cui spiegazione qui porterebbe troppo oltre. [Fr. 6, § 14 cit.: « Huius actionis « annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae ven- « ditionis »].

(23) Fr. 10, § 24, D. *h. t.*, 42, 8 [sopra nota 16].

(24) Cfr. fr. 11, D. *h. t.*, 42, 8. [« Cassius actionem introduxit in id quod « ad heredem pervenit »]. Vedi più sopra, § 128, note 13 sgg.

(1) Legge sul fallimento, §§ 29-42, e Legge imperiale del 21 luglio 1879, nel nuovo testo del 20 maggio 1898, citata in appresso con le iniziali L. I. Cfr. i

città italiane, venne in seguito rafforzato ed ampliato dalla legislazione francese, e divenne allora nelle sue linee fondamentali un bene comune della massima parte degli Stati della cerchia della cultura europea, talchè si presenta quasi come un diritto di credito generale europeo (2).

Tien dietro ad esso anche la legislazione dell'impero tedesco. Questa ha regolato, con la legge sul fallimento, l'impugnativa a favore dei creditori concorrenti, e con la legge del 21 luglio 1879 l'impugnativa fuori del fallimento, secondo analoghi principii. La prima impugnativa nel fallimento è da noi detta « impugnativa in via di fallimento », e quella fuori di esso « individuale ».

La caratteristica del diritto moderno è, che esso non fonda, come il diritto romano, l'impugnativa esclusivamente sulla mala fede del debitore, ma invece l'accorda anche contro i suoi atti giuridici, che appaiono come un'ingiustizia di fronte ai creditori, senza che si possa rimproverare all'agente infedeltà od immoralità (3).

Così, accanto a quella derivante da cause subiettive, si pone una impugnativa fondata su motivi obiettivi: accanto alla *Pauliana*, un'altra avente il carattere di una *condictio*.

I. La prima categoria d'impugnativa corrisponde nell'essenza alla *Pauliana* romana. Nel caso del fallimento e fuori di esso sono annullati gli atti giuridici compiuti dal debitore nell'intenzione, nota all'altra parte, di pregiudicare i suoi creditori (4-5).

---

motivi al progetto di queste leggi, e particolarmente alla Legge sul fallimento; inoltre Cosack, *Il Diritto di impugnativa dei creditori*, 1884: la relativa bibliografia veggasi nell'elenco ivi riportato alla pag. 393. Recentemente Lippmann, negli *Annali* di Ihering, vol. XXXVI, n. 3.

(2) Cfr. Cosack, *loc. cit.*, pag. 5 e 386.

(3) I motivi della Legge sul fallimento cercano veramente di fondare l'impugnativa, secondo il diritto dell'Impero, a prescindere dalla donazione, esclusivamente sul delitto dell'avversario e cioè sul dolo o sulla presunzione di dolo. Contro di ciò io mi sono per la prima volta dichiarato nel mio *Diritto prussiano* vol. II, § 128. Ribatte a fondo i Motivi il Cosack, *loc. cit.*, pag. 15. In corrispondenza di ciò decise il Trib. Imp. con decisione plenaria del 28 giugno 1888, risolvendo la questione, se per le azioni d'impugnativa in base al disposto del § 30, num. 2 della Legge sul fallimento, fosse fondata la competenza per azioni derivanti da atti illeciti. Trib. Imp., vol. XXI, 420. Caratteristico è il concetto del Lippmann, *loc. cit.* Secondo lui il diritto d'impugnativa non è altro, che un'azione diretta alla esecuzione contro il terzo possessore di una cosa o di un valore, che prima erano nel patrimonio del debitore, e che mediante un atto giuridico dello stesso sono passati nel patrimonio del terzo; non già una facoltà prodotta da un determinato atto giuridico, ed in particolar modo acquistata, avente carattere di diritto privato, ma il diritto creditorio stesso in una speciale fase della sua realizzazione, una funzione di questo diritto creditorio.

(4) Legge sul fallimento, § 31, num. 1, L. I, § 3, num. 1.

(5) Cfr. più sopra § 145, nota 5 e Cosack, *loc. cit.*, pag. 77.

Essi possono consistere anche nelle omissioni (6). Il rifiuto di un acquisto è del pari suscettibile d'impugnativa (7).

Per venire in aiuto al creditore si fa una ampia presunzione del dolo, contro i prossimi congiunti del debitore (8). Questi, secondo il concetto della legge, sono il coniuge del debitore (anche se il matrimonio seguì solo più tardi), come pure i discendenti, gli ascendenti e i collaterali di lui e del suo coniuge, ed i coniugi rispettivi (9).

I contratti con tali congiunti, e che pregiudicano i creditori, si considerano come fraudolenti, quando, nel caso d'impugnativa in via di fallimento, vennero conchiusi nel lasso di un anno prima dell'apertura del fallimento, e nel caso d'impugnativa individuale nel periodo di un anno prima che venisse intentata l'azione d'impugnativa, o che fosse stata debitamente denunziata. I congiunti tolgon forza alla presunzione con la prova soltanto, che al tempo della conclusione del contratto non era loro nota l'intenzione del debitore, di pregiudicare i suoi creditori (10).

II. L'altra categoria delle cause d'impugnativa si riferisce agli atti giuridici, i quali obiettivamente contengono un'ingiustizia in danno dei creditori. Questa impugnativa è alquanto affine alla *condictio sine causa*. Perciò noi la chiamiamo *condicticia*; e propriamente ve ne ha due gruppi principali:

1° L'uno è limitato al caso del fallimento. Esso si appoggia sul concetto, che i creditori concorrenti, anche se già si siano verificati soltanto i prodromi del fallimento, hanno di già un diritto stabile alla proporzionale sodisfazione dal patrimonio del debitore. Perciò sono annullabili:

a) I negozi giuridici del comune debitore, pei quali i creditori concorrenti vennero pregiudicati, quando la sospensione dei pagamenti

---

(6) I motivi della Legge sul fallimento dichiarano le omissioni non suscettibili d'impugnativa, — per ragioni insufficienti. Se, per es., il debitore non fa dolosamente protestare i suoi crediti cambiari, l'impugnativa è fondata: Cosack, *loc. cit.*, pag. 48.

(7) Cfr. Cosack, *loc. cit.*, pag. 66. Diversamente il diritto romano: vedi sopra § 145, nota 4.

(8) Legge sul fallimento, § 31, num. 2; L. I. § 3, num. 2.

(9) Un'applicazione per analogia è esclusa. Il nipote o il fidanzato o fidanzata del discendente del debitore non sono colpiti, ma bensì il cognato della moglie di lui: Cosack, *loc. cit.*, pag. 119.

(10) Che si tratti di una regola probatoria, non viene detto espressamente dalla legge. La disposizione però non si lascia altrimenti spiegare in modo razionale. Il parente dunque si considera come in dolo, e con ciò anche nella grande pluralità dei casi si colpisce giusto. Di conseguenza è necessario determinare l'estensione della sua responsabilità. Diversamente il Trib. Imp. Comm., vol. XXI, pag. 418.

o la domanda dell'apertura del fallimento fosse avvenuta prima della conclusione di essi, e ciò non era ignorato dal socio del negozio (11).

b) La garanzia od il sodisfacimento di creditori, quando già prima si fosse verificata la sospensione dei pagamenti o l'istanza di apertura del fallimento, ed i rispettivi creditori ne fossero consapevoli. Ciò vale anche pei crediti scaduti (12).

c) Infine le gratificazioni, cioè gli atti giuridici avvenuti dopo la sospensione dei pagamenti o la proposta di apertura del fallimento, ovvero negli ultimi dieci giorni prima, i quali accordavano ad un creditore concorrente una garanzia o un sodisfacimento, che egli o non aveva il diritto di pretendere, o non lo aveva a quel tempo od in quel modo. Al creditore favorito è libera la prova, che egli, al tempo dell'atto, non era consapevole nè della sospensione dei pagamenti, nè della proposta di apertura del fallimento, nè di una intenzione del comune debitore di favorirlo a preferenza degli altri creditori (13).

Gli atti giuridici, che rimontano a più di sei mesi prima dell'apertura del fallimento, non possono essere impugnati a causa della notizia della sospensione dei pagamenti (14).

2° Le disposizioni a titolo gratuito del debitore soggiacciono alla impugnativa nel fallimento, se esse appartengono all'ultimo anno prima dell'apertura del fallimento, come pure all'impugnativa individuale, se compiute nell'ultimo anno prima dell'intentata azione d'impugnativa, o della legale denuncia di essa; per le disposizioni a favore del coniuge, il termine è di due anni (15).

I doni d'occasione usuali non sono colpiti.

Non importa, se la donazione fu leale e corrispondente alle condizioni del debitore, al tempo in cui venne compiuta. Senza alcun riguardo

---

(11) Legge sul fallimento, § 30, num. 1, periodo 1°; cfr. COSACK, e in particolare pag. 176. — Sul concetto della sospensione dei pagamenti vedi sopra § 56.

(12) Legge sul fallimento, § 30, num. 1, secondo periodo. In tal caso è del tutto inammessibile parlare, come fanno i Motivi, di dolo del creditore. Il rifiuto del pagamento, la sospensione dell'esecuzione nel tempo intermedio sarebbe follìa. Nessuno può conoscere a chi profitterebbero i valori non riscossi, nè se il debitore altrimenti li dissipasse.

(13) Legge sul fallimento, § 30, num. 2. La prova dell'eccezione è praticamente e legislativamente di dubbio valore, poichè può riuscire in circostanze affatto particolari.

(14) Legge sul fallimento, § 33. La sospensione dei pagamenti può essere avvenuta in qualsivoglia tempo anteriore; solo il negozio, che viene impugnato, dev'essere stato concluso nel termine di sei mesi. COSACK, *loc. cit.*, pag. 180. Ma ciò deve accettarsi *cum grano salis*. Una sospensione dei pagamenti, che non stia in intimo rapporto col fallimento ora aperto, non può venire in considerazione. — Sul rapporto assai problematico del § 33 della Legge sul fallimento col § 30, num. 2, cfr. COSACK, *loc. cit.*, pag. 205.

(15) Leg. fall., § 32, L. I, § 3, nn. 3, 4; cfr. COSACK, *loc. cit.*, pag 133.

a ciò, la legge dà invece ai creditori il diritto, di ottenere il loro sodisfacimento dalle donazioni fatte dal debitore. È sufficiente, per la legge, che l'una parte voglia evitare una perdita, e l'altra conservare un lucro.

L'impugnativa di un atto giuridico non viene esclusa dal fatto, che esso fosse giudiziariamente eseguibile contro il debitore, o si basasse su di una esecuzione forzata o su di un sequestro contro di lui. Ciò vale per tutti i casi d'impugnativa (16).

§ 147. — Le singole regole del diritto d'impugnativa.

1. All'impugnativa in via di fallimento è autorizzato soltanto il curatore del fallimento (1).

All'impugnativa fuori del fallimento è autorizzato il creditore di un credito scaduto ed eseguibile, quando l'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore non conducesse al suo pieno sodisfacimento, o dovesse prevedibilmente rimanere priva d'effetto (2).

2. L'avversario, nell'azione d'impugnativa, è colui che acquistò dal debitore, come pure l'erede dell'acquirente.

Sono tali del pari gli altri successori dell'acquirente, se essi al tempo dell'acquisto conoscevano quelle circostanze su cui fondavasi l'impugnativa dell'acquisto del loro autore (3), o se essi come prossimi congiunti del medesimo hanno contro di sè la presunzione, cui non possono togliere efficacia con la prova di non averne avuto notizia.

3. Il curatore del fallimento può domandare la restituzione di ciò, che venne alienato con l'atto soggetto all'impugnativa; il creditore individuale danneggiato può domandarla, solo in quanto ciò che venne alienato sia necessario pel suo sodisfacimento. Nel rimanente, secondo l'esatta opinione, deve distinguersi (4):

a) L'avversario, nell'azione d'impugnativa, era partecipe della frode, ovvero si considera come tale, perchè prossimo congiunto del debitore. Qui devono applicarsi per lui i principii dell'azione Pauliana romana. Egli è tenuto quindi senza riguardo al possesso, sopporta il

---

(16) Leg. fall., § 35; L. I, § 6.

(1) Leg. fall., § 36.

(2) L. I., § 2.

(3) Leg. fall., § 40; L. I., § 11.

(4) La Legge sul fallimento, § 37 dispone: « Ciò ch'è stato alienato, deve essere restituito alla massa. L'accipiente di buona fede di una prestazione a titolo gratuito deve renderla solo, in quanto egli ne sia arricchito ». Quale estensione abbracci tale restituzione, a prescindere dall'ultimo caso, non viene stabilito dalla legge. Cfr. il mio *Diritto prussiano*, vol. II, § 131; Cosack, *loc. cit.*, pag. 254; vedi inoltre più sopra § 141, nota 28. Intorno ai casi nei quali un negozio conchiuso su parecchi oggetti, sia impugnabile solo riguardo ad uno di essi, cfr. Trib. Imp., vol. XXI, pag. 95.

rischio, deve restituire non solo i frutti percepiti, ma anche i percipiendi e gl'interessi.

b) Egli è tenuto, come per la *condictio*, pei negozi e pagamenti, dacchè questi appartengono al tempo dell'imminente fallimento. In tal caso devono applicarsi le regole delle *condictiones sine causa*. Il danaro quindi deve essere restituito nella somma ricevuta. Ma riguardo alle altre cose l'accipiente non sopporta il rischio, egli deve restituire la cosa nello stato in cui si trova senza sua colpa, e se egli la consumò o l'alienò in buona fede, il prezzo. Deve restituire gl'interessi se egli li ricavò, come pure nel caso della mora.

c) Gli accipienti di buona fede di una liberalità a titolo gratuito sono anche tenuti sino all'ammontare del loro arrichimento.

4. L'eventuale controprestazione può venir compensata, nella impugnativa in via di fallimento, in quanto essa abbia profittato alla massa (5-6).

5. L'impugnativa in via di fallimento può seguire solo nel termine di un anno dopo l'apertura della procedura di fallimento (7); l'impugnativa individuale per atti fraudolenti, solo entro dieci anni dal tempo in cui sorse l'azione (8-9).

---

(5) Legge sul fallimento, § 38.

(6) La L. I., al § 8, riguardo all' impugnativa individuale, dispone, che « a causa della restituzione di una controprestazione, l'accipiente può solo rivolgersi contro il debitore ». Ma che, se il creditore dalla controprestazione già ottenne solo un parziale sodisfacimento del suo credito? Il debitore, per es., ha permutato, in modo impugnabile, una sua casa con un podere: il creditore, in via di esecuzione forzata, ha alienato il podere e ha ottenuto da questo il sodisfacimento della maggior parte del suo credito; può egli in conseguenza dell'azione d'impugnativa esigere senz'altro anche sulla casa il restante sodisfacimento del suo credito? Ciò è possibile soltanto per l'eccedenza del valore della casa sul podere, altrimenti l'avversario sarebbe doppiamente punito. Cfr. Cosack, *loc. cit.*, pag. 272. Vedi inoltre Trib. Imp., vol. XX, pag. 157.

(7) Legge sul fallimento, § 41. È limitativo il capov. 2°: « Se mediante l'atto impugnabile si sia costituito un obbligo del fallito ad una prestazione, il curatore del fallimento può negare la prestazione anche se l'impugnativa sia esclusa, giusta il capov. 1° ».

(8) Singole disposizioni si contengono nel § 12 della L. I.

(9) Non senza un determinato fine, nella esposizione del diritto d'impugnativa secondo le leggi imperiali, si fece accenno ad alcune delle sue più rilevanti lacune ed imperfezioni. Queste leggi sono state redatte, dopo la più matura preparazione, da esperti pratici e da valenti giuristi, e pur nondimeno quante questioni lasciano esse indecise, e quante risolvono inesattamente! Ciò potrà porre in vista la vacuità dell'ingenua opinione, che importi solo la compilazione di nuove leggi a poter dominare i problemi del diritto privato, e che basti solo la conoscenza dei paragrafi di esse per la vita giuridica. Per legiferare o formare il diritto si deve saper pensare giuridicamente. E quest' arte c' insegnano anzitutto i maestri del diritto romano.

APPENDICE

Interpretazione dei testi greci riportati nel presente volume.

§ 50, nota 10. Auth. LXXV, Collatio VI, tit. II, cap. 5: « Quod si quis,
« sicuti dictum est, factus curator deinde minoris res fuerit perscrutatus et ces-
« siones in semet ipso aut per donationem aut venditionem aut alio quolibet
« egerit modo, sciat omnino infirmum esse quod ab eo fuerit factum, et neque
« per se neque per interpositam personam tale aliquid agi, sed undique invalida
« haec talia fieri, tamquam si neque ab initio facta fuerint. ..... Et non solum
« donec fuerit curator, prohibemus eum ab huiusmodi cessione, sed neque postea
« gerere concedimus. ..... Etiam tunc enim infirmum esse volumus quod agitur,
« et non posse ullam actionem valere cessam adversus eum cuius prius curam
« administraverat, sed pro non facto id esse, et lucrum fieri adolescenti, licet
« cessio pro veris causis facta sit: ..... Et haec dicimus in omni curatore in quibus
« omnino curas aliquorum introducunt leges, prodigorum forte aut furiosorum
« aut amentium aut si quid aliud lex iam dixit aut si quid inopinabile natura
« adinvenerit ».

§ 71, nota 6. Auth. XCVII, Coll. VII, tit. IX, cap. 1: « Si quis enim alterna
« fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere et unum
« horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere. Si vero
« aliquid etiam tale adiciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio
« unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem qua unusquisque
« obligatus est, cedere autem eum et contra reliquos, sive et idonei sunt et in
« eo loco. Et si hoc ita se habere videatur, si quidem idonei sunt et praesentes
« inveniantur, illos periclitari complere in singulos in propria parte quod sub
« alterna promissione creditum est, aut ex quo omnino obligati sunt, et non
« commune debitum proprium cuiuspiam fieri onus. Si vero minus idoneo se
« habere reliqui videantur, sive omnes seu quidam, sive in partem seu in solidum,
« sive absentes forte, in illud teneri quod accipere ab aliis non potuit. Sic enim
« et illis servabitur pactionis modus, ... et unusquisque tenebitur quod ab initio
« scripsit, artibus aut dolis aut transactionibus praevaricari quae constituta sunt
« non sinendus ».

§ 79, nota 10. Auth. IV, Coll. I, tit. IV, cap. 1: « Si quis igitur crediderit
« et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum mox
« adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque neglegens
« debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum
« accepit debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat
« (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a
« debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit
« accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat
« et ab illo, quod reliquum est, sumat. Et si quidem praesentes ei consistant

« ambo, et principalis et intercessor, haec omni serventur modo; si vero fide-
« iussor aut mandator aut qui sponsioni se subiecit adsit, principalem vero abesse
« contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, cum possit mox fideiussorem
« aut mandatorem aut sponsorem exigere. Sed et hoc quidem curandum a nobis
« possibili modo. ..... Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem,
« et causae residens iudex det tempus fideiussori, idem est dicere sponsori et
« mandatori, volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat con-
« ventionem, et sic ipsi in ultimum subsidium reserventur: ... . Si vero tempus
« in hoc indultum excesserit (convenit namque etiam tempus definire iudicantem),
« tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exequatur litem, et debitum exigatur
« contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponsionem
« suscepit, a creditore actionibus sibi cessis ».

§ 84, nota 11: *id est*: « decipientibus mulieribus senatus consultum non opi-
« tulatur ».

§ 84, nota 24. Auth. CXXVII, Coll. IX, tit. 9, cap. 8: « Et illud vero
« praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instru-
« mento consentiat proprio viro aut scribat et propriam substantiam aut se ipsam
« obligatam faciat, iubemus nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel
« sive multotiens huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publi-
« cum sit debitum, sed ita esse ac si neque scriptum esset: nisi manifeste pro-
« betur quia pecuniae in propria ipsius mulieris utilitate expensae sunt ».

§ 84, nota 25. CXIII, Coll. IX, tit. 1, cap. 5: « Mulieribus enim etiam nos
« interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit: his enim solis
« secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et
« nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatus consulti renuntiant ».

§ 93, nota 2: *id est*: « ' Accepi et habeo ex causa depositi supra scripta tua
« decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra
« scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos
« menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur ' ».

§ 94, nota 20: *id est*: « inde vinum comparabant comantes Achivi, alii aere,
« alii splendido ferro, alii pellibus, alii ipsis bobus, alii mancipiis ».

§ 108, nota 14. Auth. XXII, Coll. IV, tit. I, cap. 35: « Mater tamen donans
« aliquid filio de suo si ad secundas venerit nuptias, non poterit per occasionem
« ingratitudinis revocare quod datum est. Non enim ex pura videtur voluntate
« ingratitudinem introducere, sed secundas nuptias considerans ad hanc venisse
« cogitationem putabitur. Nisi tamen aperte filius aut circa vitam ipsam insidians
« matri aut manus inferens impias aut circa substantiae totius ablationem agens
« adversus eam aliquid declaretur ».

§ 111, nota 18: *id est*: « Vias autem publicas unumquemque iuxta domum
« suam reficere oportet et canales ex subdiali repurgare et reficere ita, ut vehi-
« culum recte ibi iter facere possit. qui in conducto habitant, si dominus non
« reficit, ipsi reficiunto et quod impenderint a mercede deducunto ».

INDICE ALFABETICO-ANALITICO

A

Accessoria stipulazione, Vedi *Stipulazione*.
Accessorio interesse. Vedi *Interesse*.
Acceptilatio, § 54, p 215 sgg; § 73, p. 296.
Accettazione, § 9, p. 27 sgg.; mora nella accettazione, § 43, p. 168 sgg.
— in luogo di adempimento, § 58, p. 238.
Acconti nella compravendita, § 95, t. e nn. 21 e 22, p. 396 sg.
Acquisto di un negozio di commercio, § 53 n. 3, p. 212.
Actio aestimatoria, § 120, p. 522; § 7, p. 24.
— aestimatoria iniuriarum, § 137, n. 12, p. 598; n. 16, p. 599.
— certae pecuniae, § 87 n. 1, p. 351; § 138, p. 600; § 140 n. 8, p. 606; § 141 n. 28, p. 615.
— civilis, § 3, p. 6.
— commodati, § 90, p. 364 sgg.
— communi dividundo, § 23 n 2, p. 88; § 122 n. 8, p. 528.
— conducti, § 110, p. 470.
— constitutoria, § 69, p. 278.
— contraria, § 19, p. 75.
— de calumnia, § 129, p. 559.
— de deiectis et effusis, § 134, p. 588 seguenti.
— de dolo, § 129, p. 560.
— de eo quod certo loco, § 33 p. 133.
— de in rem verso, § 14, p. 50 sgg.; § 13, p. 45.
— de in rem verso utilis, § 14 nn. 16 e 17, p. 53 sg.; § 127, p. 551.
— de pastu, § 133, p. 587.
— de pauperie, § 133, p. 584 sgg.; § 131 n. 15, p. 579.
— de peculio, § 13, p. 45; § 14, p. 49.
— de pecunia constituta, § 69, p. 278; § 77, p. 306.
Actio de positis et suspensis, § 134 n. 3, p. 589.
— de recepto, § 39, p. 153.
— de servo corrupto, § 129, p 558 seguente.
— depensi, § 80 n. 1, p. 319.
— depositi, § 92, p. 372 sgg.
— directa, contraria, § 19, p. 75.
— doli, § 136, p. 592 sgg.; § 129, p. 562.
— empti, § 98, p. 405; § 99, p. 409 seguente.
— ex empto § 98, p. 405; § 99, p. 409 sg.
— ex syndicatu, § 135 n. 6 segg., p 591 sg.
— exercitoria, § 13, p. 44 sg.; § 127 n. 5, p. 552.
— funeraria, § 122, p. 532.
— furti, § 130, p. 569 sg.; § 129, p. 561 sg.
— iniuriarum, § 137, p. 595 sgg.; § 129, p. 562.
— institoria, § 13, p. 45; § 38, p. 150; § 127 n. 6, p. 552; quasi institoria, § 13, p. 46.
— institutoria, § 84, p 338.
— legis Aquiliae, §§ 131 segg., p. 572 seguenti; § 3 n. 6, p. 8; § 129, p. 562; utilis § 135, p. 591.
— locati, § 110, p. 470.
— mandati, § 116, p 510; § 14, p. 52; contraria, nel mandatum qualificatum, § 77, p. 308 sg.; § 80, p. 319; § 83, p. 333.
— mutui, § 87 n. 1, p. 351.
— negotiorum gestorum, § 121, pagina 524 sg.; § 106, p. 450; § 122, p. 529; § 14, p 52; § 14 n. 17, p. 54; del fideiussore, § 80, p. 320; § 80 n. 8, p. 323; § 83, p. 333.
— noxalis, § 38, p. 149; § 133, p. 584.

Actio Pauliana, § 144 sgg., p. 622 sgg.
— pro socio, § 126, p. 550; § 125, p. 544.
— quanti minoris, § 101, p. 435.
— quasi institoria, § 13, p 46.
— quod iussu, § 14 p. 48; § 13, p. 44.
— quod metus causa, § 3 n. 6, p. 8.
— redhibitoria, § 101, p. 428 sgg.
— restitutoria, § 84, p. 338.
— servi corrupti, § 129, p. 558.
— tributoria, § 14 n. 6, p. 50.
— utilis, nei contratti a favore di terzi, § 18, p. 70; del cessionario, § 47, p. 194.
— venditi, § 97, p. 402 sgg.; § 67 n. 6, p. 271 sg.
— vi bonorum raptorum, § 129, pagina 558.
Actiones aediliciae, § 101, p. 428 sgg.
— adiecticiae qualitatis, § 13 sgg., p 44 sgg.
— poenales, § 129 sgg., p. 557 sgg.
— stricti iuris, § 138, p. 600.
utiles, § 47, p. 194.
Actiones vindictam spirantes, § 50 n. 4, p. 201.
Addictio in diem, § 95, p. 397.
Adempimento delle obbligazioni, § 55, p. 218 sgg.; Teoria dell'adempimento delle obbligazioni nella vendita, § 96 n. 10, p. 402.
Adiectus solutionis causa, § 55 n. 18, p. 225; § 60 n. 9, p. 250.
Aestimatio, § 44, p. 175.
Aestimatoria praescriptis verbis, § 7, p. 24.
Aestimatorius contractus, § 120, p. 521 seguenti.
Affari a condizione, § 120 n. 10, p. 523.
Affitto di fondi rustici, § 111, p. 470 sgg.
Albergatore, § 39, p. 152 sgg.; § 38, p. 149 sg.
Alea, § 94, p. 384.
Aleatori contratti, § 104, p. 445.
Alimentari crediti, Vedi *Crediti*.
Alimenti (Obbligo degli) § 31, p. 126 sgg. § 132, p. 582.
Alternative obbligazioni, § 27, p. 106 sgg.; § 141 n. 16, p. 610.
Alterum tantum [ultra duplum] negl' interessi, § 30 n. 9, p. 124.
Anatocismus, § 30, p 124.
Animali (Danni recati dagli), § 133, p. 583 sgg.
Animus contrahendae societatis, § 124, p. 541.
— donandi, § 65, p. 268; § 83, p. 333; § 84, p. 335; § 106, p. 449.
— iniuriandi, § 137, p. 596.
Animus lucri faciendi, nel furtum, § 130, p. 568.
— novandi, § 60, p. 248.
Annullamento dei titoli obbligatori, § 54 n. 16, p. 217; della compravendita, § 95, p. 395 sgg.
Apocha, § 54, p. 217.
Approbatore, Vedi *Garante sussidiario*.
Appunti, § 10, p. 33.
Arbitri, § 13, p. 56 sg.
Argentarius, § 20, p. 76 sg.; § 62, p. 255.
Armatore, Vedi *Exercitor navis*.
Arra, § 12, p. 41 sgg.; arra penale, § 12, p. 41 sg.; nella vendita, § 95, p. 396; poenitentialis, § 12, p. 42.
Arresto reale ingiustificato [sequestro], § 135, p. 591.
Arricchimento ingiustificato, §. 138, pagina 600 sgg.
Assegno, § 119, p. 517 sgg.
Assenti (Contratti tra), § 11, p. 36 sgg.
Assicurazioni sulla vita, § 18, p. 72.
Assunzione di debito, § 53, p. 211 sgg.
Astratte obbligazioni, § 22, p. 82 sgg.
Astratti (Negozi), § 3 n. 4, p. 7.
Authentica si qua mulier, § 84, p. 340.
Avaria, § 114, p. 496 sgg.
Azione, § 3, p. 6 sgg., contro i funzionari pei loro atti colposi, § 135 n. 6 sgg., p. 589 sg.
Azioni di arricchimento, § 138, p. 600 sgg.
Azioni penali, § 129 sgg, p. 557 sgg.

B

Benefici giuridici delle donne, § 84, p. 333 sgg.
Beneficium cedendarum actionum, § 78, p. 312; § 80, p. 322; § 81, p. 327.
— competentiae, § 57, p. 233 sgg.; § 107, p. 453; § 125, p. 544.
— dationis in solutum, § 58 n. 10, p. 240.
— divisionis, § 73, p. 293 sg.; § 78, p. 312; § 81, p. 324 sgg.
— excussionis, § 78, p 312.
Bonae fidei iudicia, § 17, p. 66; § 62, p. 255.
— fidei negotia, § 3, p. 7.
Boni mores, § 16, p. 62.
Bonitas nominis, § 52, p. 210.
Bonorum emptio, § 56, p. 230 sg.; § 62, p. 255.

C

Calumnia, § 129, p. 559 sg.
Capacità di obbligarsi dei figli di famiglia, § 88, p. 354 sgg.
Caparra, § 12, p. 41 sgg.
Capitis deminutio, § 73 n. 14, p. 297; § 125 n. 7, p. 544.
Caso fortuito, § 44, p. 173; § 68 n. 6, p. 274.
Casus, Vedi *Caso fortuito*.
— certi, § 45 n. 18, p. 185.
Caupo, § 39, p. 152 sg.; § 38 n. 5, p. 150.
Causa, nei contratti obbligatori, § 22, p. 82 sgg.; cfr. § 142, p. 617 sgg.
— finita, § 143, p. 622.
Cause della nascita delle obbligazioni, §§ 6 sg., p. 18 sgg.
Cautio damni infecti, § 45 n. 2, p. 178.
— indiscreta, § 22, p. 85 sg.
Cedibilità dei diritti, § 50, p. 201 sgg.
Certum, incertum, § 15, p. 55.
Cessio bonorum, § 56, p. 230.
— necessaria, § 49, p. 200.
Cessione, § 48 sgg., p. 195 sgg.; fittizia, § 49, p. 200; in bianco, § 9 n. 4, p. 28; legale, § 49, p. 200.
Chèque, § 55 n. 11, p. 222.
Civilis obligatio, § 3, p. 6; § 4, p. 9.
Claudicantia negotia, § 20, p. 78 sg.
Clausula doli, § 16 n. 13, p. 61.
Codex accepti et expensi, § 7, p. 24.
Cognizione (Teoria della), § 11, p. 38.
Colonia partiaria, § 111 n. 4, p. 471.
Colonus, § 111 n 2, p 470.
Colpa, §§ 36 sgg., p. 139 sgg.; § 135, p. 590 sgg.; concomitante, § 45 n. 8, p. 180.
Commesso di negozio, contratto di servigi, § 112, p. 487.
Commodato, § 90, p. 362 sgg.; § 7, p. 23.
Commodatum, Vedi *Commodato*.
Commodum, § 23, p. 91.
Compensatio, § 62 sgg., p. 253 sgg.
— lucri cum damno, § 45, p. 183.
Compensazione, vedi Compensatio e § 92, p. 375; della culpa, § 45 n. 11, p. 182.
Conclusione dei negozi obbligatori, § 9 sgg., p. 27 sgg.; del contratto di compravendita, § 94, p. 381 sgg.; dei contratti tra assenti, § 11, p. 36 sgg.
Concordato, § 66, p. 268 sgg; § 56, i. f., p. 233.
Concorrenza (Divieto della), § 16 n. 17, p 63.
Concreditore, condebitore, § 70 sgg. p. 281 sgg.
Concursus duarum causarum lucrativarum, § 68, p. 275 sg.
Condemnatio in quantum facere potest debitor, § 57, p 234.
Condictio, § 138, p. 600 sgg.
— causa data causa non secuta, § 142, p. 617; § 138, p. 601.
— causa finita, § 108 n. 15, p. 460; § 143, p. 622.
— certi, incerti, § 138, p. 600.
— de bene depensis, § 86 n. 4, p. 347.
— ex l. 35, C. de donat., § 107, p. 452.
— ex mutuo, § 86, p. 347.
— ex poenitentia, § 7 n. 16, p. 25.
— furtiva, § 139, p. 603 sg.; § 130, p. 570 sg.; § 138, p. 602; § 141, p. 612; § 129, p. 562.
— indebiti, § 141, p. 607 sgg.; § 21, p. 81; § 58 n. 4, p. 239; § 64, p. 266; § 138, p. 601.
— ob causam, § 142, p. 617 sgg.; § 138, p. 602.
— ob iniustam causam, § 138, p. 602.
— ob turpem vel iniustam causam, § 140, p 605 sg.
— possessionis, 138, p. 602.
— sine causa, § 143, p. 621 sg; § 7, p 25; § 85, p. 346; § 138, p. 602; § 106, p. 450 sg.; § 108 n. 8, p. 458.
— triticaria, § 87 n. 1, p. 351; § 138, p 600
Condizione nella vendita, § 96, p. 400.
Conductio, Vedi *Locatio*.
Conductor, § 110, p. 470.
Conduzione, Vedi *Locazione*.
Confideiussore, § 81, p. 323 sgg.
Confusio, § 67, p 271 sg.
Confusione delle obbligazioni, Vedi *Confusio*.
Coniugi (Donazioni tra), § 108, p. 459.
Consegna (Teoria della) nella vendita, § 96 n. 10, p. 402.
Consensus contrarius, § 102 n. 1, p. 437.
Consiglio, § 115, p. 502 sg.
Consilium, Vedi *Consiglio*.
— fraudandi, § 145, p. 626.
Costitutum, § 7 n. 12, p. 24.
— debiti, § 69, p. 278 sgg.; § 77, p. 306 sg.
— debiti alieni, § 77, p. 306 sg.; § 78 n. 1, p. 309.
— possessorium, § 124 n. 8, p. 542.
Contenuto delle obbligaz., § 23, p. 87 sgg.
Conti (Liquidazione dei), § 22, p 87.
Contractus (Concetto del), § 6 n. 2, p. 19.
— aestimatorius, § 120, p. 521 sgg.; § 7, p. 24.

Contractus mohatrae, § 86 n. 7, p. 349.
— socidae, § 111 n. 4, p. 471.
Contratti accessori alla vendita, § 95, p. 395 sgg.
— di cessione d' immobili, § 18, p. 72 sg.
— consensuali, § 7, p. 24; § 8, p. 27; § 102 n. 1, p. 437.
— innominati, § 7, p. 25; § 8, p. 26.
— letterali, § 7, p. 23 sg.
— preliminari, § 10, p. 33 sg.
— privi di forma, § 8, p 26.
— reali, § 85, sgg., p. 343 sgg.; § 7, p. 23; § 8, p. 27.
— (Sistema romano dei), § 7, p. 21.
— verbali, § 7, p. 23.
Contratto, V. *Contractus*.
— astratto, individualmente caratterizzato, § 22, p. 83 sgg.
— come causa della nascita delle obbligazioni, § 8 sgg., p. 26 seguenti.
— di azzardo, § 104, p. 455.
— formale e materiale, § 22, p. 85.
— in favore di un terzo, a carico di un terzo, § 18, p. 68 sgg.
— unilaterale, bilaterale, reciproco, § 9, p. 27 sgg.; § 19, p. 74 sg.
Contrectatio, § 130, p. 564 sg.
Controcredito, § 62, p. 253 sgg.
Convalescenza della donazione tra coniugi, § 108, p. 459.
Correali obbligazioni, Vedi *Obbligazioni*.
Correi stipulandi, promittendi, § 71, pagine 283 sg.
Cosa venduta (Consegna della), § 98, p. 405 sgg.
Costituto, § 69, p. 278 sgg.
Creazione dei titoli all'ordine e al portatore, § 9 n. 13, p. 31.
Crediti alimentari (Cedibilità dei), § 50, p. 201.
— (Compensazione dei), § 63 n. 14, p. 262.
Creditor, V. *Creditore*.
Creditore (Concetto del), § 1, p. 3; determinato ed indeterminato, § 9, p. 30 sg.
Culpa, § 36 sgg., p. 139 sgg.
— in concreto, § 37 n. 4, p. 143; § 37, p. 147 sg.; § 126, p. 549.
— in contrahendo, § 10, p. 35; § 9 n. 11, p. 30; § 10 n. 10, p. 35; § 94 n. 16, p. 385; § 135, p. 592.
— in custodiendo, § 38, p. 148.
— in eligendo, § 38, p. 148.
— in exigendo, § 49 n. 5, p. 200.
— lata, § 36 nn. 5, 6, p. 141; § 37, p. 145; § 91. p. 369; § 92, p. 373 sg.; § 107 n. 6, p. 454; § 43, p. 171.
Curatore del fallimento, § 144, p. 624 sg.; § 56, p. 232; § 111; p. 485.
Custodia, § 37, p. 143 sg.
— nel depositum, § 92, p. 370 segg.
— nella vendita, § 96 n. 2, p. 399.

D

Damnum, § 44, p. 173 sgg.
— corpori corpore datum, § 131, p. 574.
— emergens, § 45, p. 178.
— iniuria datum, § 131, p. 573.
Danaro (Debiti di danaro), § 26, p. 102 sgg.; § 94, p 381.
Danneggiamento, § 131 sgg., p. 572 sgg.
Danni recati alle cose, § 131 sgg.; pagine 572 sgg.; § 129, p. 558.
Danno mediato, § 45, p. 179.
Dare, come oggetto del diritto di credito, § 24, p. 92 sgg.
Datio in solutum, § 58, p. 238 sgg.; § 59 n. 3, p. 241.
Debito (Accollo del), § 53, p. 211 sgg.
— Concetto del, § 1, p 1 sgg.
— Contratti di, § 9, p. 27 sgg.
— di genere, § 25, p. 99 sgg.; § 55 n. 5, p. 219.
— per condanna, § 141, p. 613.
— solidale, § 70 sgg., p. 281 sgg. (Titolo del), Restituzione al debitore, § 54 n. 16, p. 217.
Debitor (Concetto del), § 1, p. 4; Debitore principale, V. *Fideiussione*.
Deductio, § 62, p. 255.
Degustatio, § 95 n 7, p. 390
Delegazione, § 59, p. 241; § 119 n. 1, p. 517.
Delitto, (Concetto del), § 6, p. 19.
Denuncia della cessione, § 48, p. 196 sg.
— della lite nella evizione, § 99, p. 411 sg.
Deposito pubblico, allo scopo dell'adempimento, § 61, p. 250 sgg; § 43, p. 172.
Depositum, § 92 sgg., p. 370 sgg.
— irregulare, § 93, p. 376 sgg.; ivi n. 5, p. 379; § 61 n. 7, p. 251; § 63, p. 262; § 85, p. 345.
— miserabile, § 3 n. 6, p. 8.
Destinatario di spedizioni, § 18, p. 72.
Destinazione, Vedi *Luogo*.
Determinabilità della prestazione, § 15, p. 54 sgg.

Deturpamenti, deformazioni permanenti, § 132, p. 581 e sg.
Dichiarazione, Teoria della, § 11, p. 38.
Dicta, promissa, § 100, p. 424.
Dilazione, § 65, p. 267; § 66 n. 2, p. 269.
Diligentia, § 37, p. 142.
Diminuzione (Azione di), § 101, p. 435 sg.
Diritto alla cosa, § 3, p. 9.
— di pentirsi, § 7 n. 16, p. 25.
Disdetta, § 34, p. 135; nella locazione di cose, § 111, p. 483 sgg.; nel mandato, § 117, p. 514; nel rapporto di società; § 128 p. 555 sg.
Dispache, § 114, p. 498.
Dividendi, § 28, p. 112.
Divieti di cessione, § 50, p. 201 sg.
Divisibilità delle obbligazioni, § 24, pagine 92 sgg.
Dolo, come causa dell'obbligazione, § 136, p. 592 sgg.
Dolus, § 36, p 140; § 43, p. 171; § 91, p. 368; § 92, p. 369; § 99 n. 21, p. 415 sg.; § 102, p. 438; § 105 n. 5, p. 446; § 107 n. 6, p. 454; § 108 n. 14, p. 460; § 16, p. 60.
Dominium litis, § 47, p. 193.
Donatio, § 106, p. 446 sgg.
Donazione, Vedi *Donatio*.
— remuneratoria, § 106, p. 451.
Doveri d'ufficio (Lesione dei), § 135, pagina 591.
Duplicatio actionis, § 3 n. 6, p. 8.

E

Eccezione, Vedi *Exceptio*.
Edilizie (Azioni), § 100, p. 422 sgg.
Elogi, vaghi, nella compravendita, § 100, p. 424 sg.
Emptio, § 94 sgg., p. 381 sgg.
— ad gustum, § 95, p. 390 sg.
— ad mensuram, § 96, p. 401.
— bonorum, § 56, p. 230 sg.; § 62, p. 255; § 144, p. 623 sg.
— per aversionem, § 96 p. 402.
— rei speratae, § 94, t. c., nn 12, 13, p. 384.
— spei, § 94, p. 384.
— venditio, § 94, p. 381 sgg.
Entreprise, § 113, p. 493.
Eredi legittimari, § 108, p. 461.
Eredità comune, § 125, p. 544.
Errore del giudice, § 135, p. 591 sg.
Escussione, § 79, p. 316 sgg.
Esecutivi (Titoli), § 3 n. 4, p. 7.
Esecutorietà provvisoria delle sentenze, § 3, n. 4, p. 7.
Estinzione delle obbligazioni, §§ 54 sgg., p. 214 sgg; § 67, p. 270 sgg.; § 65, p. 267 sgg.; dei negozi di vendita, § 101, p. 428 sgg.; § 102, p. 437 sgg.
Evizione, § 99, p. 409 sgg.; § 58 n. 7, p. 240.
— nella vendita, § 99, p. 409 sgg.; § 97, p. 405.
— nella locazione, § 111, p. 473.
— nelle donazioni, § 107, p. 453.
— nella transazione, § 109, p. 464.
Exceptio de iure tertii, § 49 n. 4, p. 199.
— divisionis, Vedi *Beneficium*.
— doli, § 51 n. 6, p. 207; § 53 n. 7, p. 213; § 55 n. 15, p. 222; § 58 n. 3, p. 239; § 62, p. 261 seguente.
— excussionis, § 78, p. 312.
— evictionis imminentis, § 97, p. 404.
— mercis non traditae, § 20, p. 77.
— non adimpleti contractus, § 21, p. 80 sgg.; § 50 n. 3, p. 201; § 53 n. 7, p. 213; § 63 n. 10, p. 261; § 103, p. 441.
— non numeratae pecuniae, § 87 n. 10, p. 353.
— plurium litisconsortium, § 73, p. 294.
— S. C Macedoniani, § 79, p. 314; § 88, p. 354 sgg.
— S. C. Velleiani, § 79 n. 5, p. 314.
Ex contractu, ex delicto, § 6 n. 2, p. 19.
Exercitor navis, § 13 p. 45.
Expromissio, § 59, p. 244.

F

Facere, non facere, come oggetto del diritto di credito, § 24, p. 95 sg.
Facultas alternativa, § 27, p. 111; § 102, p. 438 sg.; § 133, p. 586.
Falcidia (Quarta), § 5, p. 16.
Fallimento, § 56, p. 229 sgg.; compensazione nel, § 63, p. 263; del conduttore, § 111, p. 485; del padrone dei servigi, § 112, p. 489; del socio, § 128, p. 554; impugnativa degli atti giuridici del debitore fallito, § 146 sgg., p. 630 sgg.
Fallito, Vedi *Fallimento*.
Ferrovie: responsabilità degl' imprenditori, § 39, p. 154.
Fideiussio, Vedi *Fideiussione*.
— indemnitatis, § 79, p. 316, 318.

Fideiussione, § 76 sgg., p. 303 sgg. ; § 78 sgg., p. 309 sgg ; fideiussione succedanea, § 79, p. 318.
Fideipromissio, § 76, p. 304.
Fides, § 7, p. 22.
Figli di famiglia. Efficacia dei loro contratti pel paterfamilias, § 14, p. 49 sgg. ; mutui ai figli di famiglia, § 88, p. 354 sgg. ; responsabilità del paterfamilias pei loro delitti, § 38, p. 149.
Fisco. Privilegi del fisco riguardo all'obbligo della compensazione, § 63, p. 262 ; riguardo agl'interessi, § 29, p. 120.
Foenus nauticum, § 89, p. 358 sgg.
Forma dei negozi giuridici, § 7 sgg., p. 21 sgg. ; contratti privi di forma § 8, p. 26 sg.
Forza maggiore, § 39, p. 152 sgg. ; § 114, p. 496 sgg. ; influenza della forza maggiore sulla pena convenzionale, § 46 n. 6, p. 187.
Forza obbligatoria dei contratti non formali, § 8, p 26 sg.
Fraudationis causa latitatio, § 56, p. 230
Furto, § 130, p. 563 sgg ; § 90, p. 364 ; § 92, p. 374 ; furto di cosa trovata, § 130, p. 565.

G

Garante d'indennizzo, § 79, p. 316 e 318.
— sussidiario, § 80, p. 322.
Garanzia. Contratti di garanzia, § 118, p. 517.
— Prestazione della garanzia nella vendita, § 98, p. 408.
Gestione di negozi senza mandato, §§ 121 sgg., p. 524 sgg.
Gestore di negozi, § 13, p. 45 sg.
Giudicato, § 141, p. 613.
Giuramento decisorio (Contratto di), § 109 n. 14, p. 467 sg.
— estimatorio, § 45, p. 184.
Giuoco, § 104, p. 442 sgg.
Graduatoria dei creditori nel fallimento, § 56, p. 232 sg.
Guadagno e perdita della società, § 126, p. 546 sgg

I

Illeciti (Atti) come oggetto della dichiarazione di volontà, § 16, p. 62 sg.
Impensae, V. *Spese*.
Impiegati, § 135, p. 591.
Impossibilità successiva della prestazione, § 68, p. 273 sgg.
Imprudentia, § 135 n. 6, p. 591.
Impugnativa delle disposizioni a titolo gratuito, § 146, p. 633.
— dei negozi fraudolenti, § 144 sgg., p. 622 sgg
Incanto. § 11 n 18, p. 41.
Incasso, Vedi *Mandato*.
Indebitum, § 141, p. 607 sgg.
Indeterminatezza del creditore, § 9, p. 28.
— della prestazione, § 15, p. 54 sgg.
In diem addictio, § 95, p. 397.
Indivisibilità delle obbligazioni, § 24, p. 92 seguenti.
Infortunio, § 68 n. 6, p. 274.
Ingiurie, § 137, p. 595 sgg.
Ingiustificato arricchimento, § 138 n. 13, p. 602.
Ingratitudine (Revoca delle donazioni a causa d'), § 108, p. 460.
Innominati (Contratti), § 7, p. 24 ; § 8, p. 27.
Inquilinus, § 111 n. 2, p. 470.
In rem verso, § 14, p. 50 sgg.
Insinuazione giudiziale delle donazioni, § 108, p. 454 sgg.
In solutum datio, § 58, p. 238 sgg.
Insolvenza, § 56, p. 231.
Institor, § 13, p. 45 sg. ; § 127 n. 6, p. 552.
Intercessione, § 83, p. 331 sgg.
— cumulativa, § 83, p. 331 ; privativa, § 83, p. 331.
Interdictum de precario, § 91, p. 368.
— de vi, § 38 n. 4, p. 149.
— fraudatorium, § 144, p. 624.
— quod vi aut clam, § 72 nota 6, p. 290.
Interesse accessorio, § 44, p. 174.
— d'affezione, § 44, p 176.
— danno-interesse, § 17, p. 65 sgg. ; § 45, p. 177 sgg.
Interessi, § 28 sgg., p. 111 sgg. ; § 55, p. 225.
— degl'interessi, § 30, p. 124 ; § 35 n. 5, p. 227.
— legali, contrattuali, § 29, p. 114 seguenti.
— limitazioni degli, § 16a, p. 63 sgg.; § 30, p. 122 sgg.
— di mora, § 29, p 118 ; § 41, p. 161, 163 sg. ; § 107, p. 453.
— nella compensazione, § 64, p. 266.
— nel depositum irregulare, § 93, p. 377.
— nel foenus nauticum, § 89, p. 359 seguente.
— nelle donazioni, § 107, p. 453.

Interessi, nel mutuo, § 87, p. 352.
— negativi contrattuali, § 10, p. 35.
— sul prezzo della vendita, § 97, p. 403.
— (remissione degli), § 106 nota 11, p. 449.
Interpellatio, § 40, p. 156 sgg.
Interusurium, § 35, p. 138.
Inventario, negli affitti di fondi rustici, § 111 n. 28, p. 479.
Iudex qui litem suam fecit, § 135 nota 6, p. 592.
Iuramentum in litem, § 45, p 184.
Ius ad rem, § 3, p. 9.
— fraternitatis, § 125, p. 544.
— poenitendi, § 7 n. 16, p. 25.
— protimiseos, Vedi *Prelazione*.
— variandi, § 27 n. 17, p. 110 sg.

L

Laesio enormis, § 102, p. 438.
Lata culpa, Vedi *Culpa*, § 36 n. 5, p. 141.
Legitima pacta, § 7, p. 24.
Legitimae usurae, § 30, p. 123.
Leonina societas, § 126 n. 8, p. 548.
Lesione corporale, § 132, p. 581.
— oltre la metà, § 102, p. 438.
Lex Anastasiana, § 16*a*, p. 64; § 51, p. 204.
— Aquilia, §§ 131 sgg., p. 572 sgg.
— Cincia § 108 n. 2, p. 455 sg.; § 108 n. 19, p. 462.
— commissoria, § 95, p. 395 sg.; § 12 n. 5, p. 42; § 46, p. 185.
— Furia de sponsu, § 76, p. 305.
— Rhodia de iactu, § 114, p. 496 sgg.
Liberalità, § 106, p 446 sgg.
— del fallito, § 56, p. 233.
Liberazione del debitore, §§ 54 sgg., p. 214 seguenti.
Liquidazione, § 144, p. 623; § 128 n. 15, p. 556 sg.
Litiscontestatio (Effetti della) nelle obbligazioni correali, § 72, p. 287 sgg.; § 79, p. 316.
Litisdenuntiatio, Vedi *Denuncia della lite*.
Locatio conductio, §§ 110 sgg., p. 467 sgg.; irregularis, § 113 n. 8, p. 490; operarum, § 112, p. 486 sgg.; operis, § 38, p. 151; § 113, p. 489 sgg.
Locator, § 110, p. 470; § 113, p. 493.
Locazione, §§ 110 sgg., p. 467 sgg.; § 7, p. 24; contratto di locazione, § 92, p. 371; prezzo della locazione, § 111, p. 476; § 98 n. 5, p. 406.
— di cose, § 111, p. 470 sgg.
Locazione, d'opera, § 113, p. 489 sgg.
— di servigi, § 112, p. 486 sgg.
Luogo dell'adempimento, §§ 32 sgg., p. 129 sgg.; nella compravendita, § 96, p. 402.
— dell'azione, § 33, p. 132 sg.
— della consegna, § 32, p. 129 sgg.
— di destinazione, § 32, p. 132; nella vendita, § 95, p. 389.
Lucrum cessans, § 45, p. 178.

M

Maggioranza nel concordato, § 66, p. 268 sg.; nella moratoria, § 66 n. 2, p 269.
Magister navis, § 13, p. 45; § 127 n. 6, p. 552.
Mancipatio, § 108 n. 2, p. 455.
Mandato, § 115 sgg., p. 500 sgg.; § 7, p. 24.
— di credito, § 77, p. 308 sg.; § 80 n. 7, p. 322.
— d'incasso, § 55, p. 223; § 119, p. 518.
— duplice, § 119, p. 517 sg.
Mandatum accipiendi, § 119, p. 518.
— aliena gratia, § 17 n. 2, p. 66.
— qualificatum, § 77, p. 308; § 118, p. 517.
— solvendi, § 119, p. 518.
Massa (Creditori della), § 56, p. 232.
Mensor, § 37 n. 11, p. 146; § 112 n. 4, p 487.
Merce, § 94, p. 381 sgg.
Mercede nel mandato, § 115, p. 504 sgg.; nella locazione di servigi, § 112, p. 488.
Minori. Privilegi dei minori riguardo agli interessi, § 41, p. 164; § 29, p. 120.
Miserabile depositum, § 3 n. 6, p. 8.
Missio in bona, § 56, p. 230.
Modificazioni delle obbligazioni, §§ 47 sgg., p. 192 sgg.
Modus nelle donazioni, § 106 n. 16, p. 451; § 108 n. 14, p. 460.
Mohatrae (Contractus), § 86 n. 7, p. 349.
Mora, §§ 40 sgg., p. 155 sgg.; § 1 n. 12, p. 4; § 29 n. 13, p. 120; § 102, p. 440.
— creditoris, § 43, p. 168 sgg.
Moratorium, § 66 n. 2, p. 269.
Mores (contra bonos), § 16, p. 62.
Morte, causa della fine del mandato, § 117, p. 515; della società, § 128, p. 553; cfr. anche § 67, p. 270 seguenti.

Mortis causa donatio, § 106, p. 451.
Mutuo, §§ 85 sgg., p. 343 sgg.
Mutuum. Vedi *Mutuo*.
Mutuus dissensus. Vedi *Consensus contrarius*.

N

Naturalia negotii, § 10, p. 33.
Nauta, § 39, p. 152; § 38 n. 5, p. 150.
Nauticum foenus, § 89, p. 358.
Necessità (Stato di), § 131 n. 9, p. 575.
Negotia claudicantia, § 20, p. 78.
Negotiorum gestio, §§ 121 sgg., p. 524 sgg.
Negotium utiliter coeptum, § 122, p. 530.
Negozi altrui per proprio conto, § 123, p. 537 sgg.
— causali, § 22, p. 82 sg.
— con pagamento a conto, § 95 n. 22, p. 397.
— d'azzardo, § 104, p. 445.
— di credito, § 1, p. 3.
— differenziali, § 104 n. 9, p. 444.
— di fornitura, § 94 n. 18, p. 386.
— di trasporto, § 113 n. 5, p. 490.
— immorali, § 16, p. 62.
— reciprocamente obbligatori, § 19, p. 74.
— unilateralmente obbligatori, § 19, p. 74.
Nesso causale nel risarcimento del danno, § 45, p. 179.
Nocchiero, § 39, p. 152 sg.; § 38 n. 5, p. 150; § 114, p. 496 sg.
Nomen verum, bonum, § 52, p. 210.
Nossali (Azioni), § 133, p. 585 sgg.; § 38 n. 3, p. 149.
Novazione, § 59, p. 241 sgg.; per effetto della litiscontestatio, § 47, pagina 193; nelle obbligazioni correali, § 73, p. 296.
Noxa, § 38, p. 149.
Nudum pactum, § 7, p. 24.

O

Obbligatorio (Contratto), §§ 7 sgg., p. 21 seguenti.
Obbligazioni correali, §§ 71 sgg., p. 282 sgg.; § 2, p. 6; § 79, p. 316; § 127, p. 552; attive, § 74, p. 299 sgg.; passive, § 73, p. 293 sgg.
— derivanti da delitto, §§ 129 sgg., p. 557 sgg.
— disgiuntive, § 27 n. 2, p. 106.
Obbligazioni ex contractu ed ex delicto, § 6, p. 19.
— extracontrattuali, §§ 129 sgg., p. 557 sgg.
— generiche, §§ 25 sgg., p. 99 sgg.
— naturali, §§ 4 sgg., p. 9 sgg.; § 88, p. 358.
— negative, § 23, p. 88; positive, § 23, p. 88.
— reciproche, § 19, p. 74.
— sfornite di azione, § 4, p. 9 sgg.
— solidali, §§ 70 sgg., p. 281 sgg.; in senso stretto, § 75, p. 301 sg.; § 131, p. 579.
— unilaterali, § 19, p. 74.
Obligatio (Concetto della), § 1, p. 1 sgg.
— alternativa, § 27, p. 104 sgg.
— civilis, § 3, p. 6.
— dividua, individua, § 24, p. 92 seguenti.
— generis, §§ 25 sgg., p. 99 sgg.
— in solidum, §§ 70 sgg., p. 281 sgg.; § 75, p. 301 sg; § 131, p. 579.
— naturalis, §§ 4 sgg., p. 9 sgg.; § 88, p. 358.
Oggetto delle obbligazioni, § 23, p. 87 sgg.
Onorario, § 115, p. 504.
Operae liberales, illiberales, § 112, p. 486.

P

Pactum adiectum, § 47, p. 192.
— de contrahendo, § 10, p. 34; § 50 n. 4, p. 201
— de mutuo dando, § 85, p. 344.
— de non cedendo, § 50, p. 202.
— de non petendo, § 54 n. 10, p. 216; § 60 n. 2, p. 245 sgg.; § 65, p. 267; § 73, p. 296.
— displicentiae, § 95, p. 390 sgg.
— legitimum, § 7, p. 24.
— praetorium, § 7, p. 24.
— nudum, § 7, p. 24; § 8, p. 26.
Pagamenti parziali, § 55, p. 220.
Pagamento a contanti, § 63 n. 11, p. 261; (Accipiente del), § 55, p. 222 sgg.; (prestazione in luogo di), § 58, p. 238 sgg.; (richiesta del), § 40, p. 156 sgg.; sospensione dei pagamenti, § 56, p. 231; termine del, § 40, p. 158
Paterfamilias, azioni contro di lui, derivanti dai contratti dei suoi dipendenti, § 14, p. 48 sgg.; dai delitti di questi, § 38, p. 149.
Pauliana (Actio), §§ 144 sgg.; p. 622 sgg.
Pauperies, § 133, p. 583 sgg.; § 131 n. 15, p. 578.

Peculium, § 14. p. 49; § 13, p. 45; § 88, p. 356.
Pecunia traiecticia, § 89, p. 358.
Pegno (Diritto di), del creditore concorrente, § 56, p. 232; del locatore, § 111 n. 29, p. 480.
Pena convenzionale, § 46, p. 185 sgg.
Penali (Azioni), §§ 129 sgg., p. 557 sgg.
Pensione (Diritti di), § 63 n. 14, p. 262; pensione vedovile, § 45 n. 12, p. 183; § 50 n. 4, p. 201.
Perfezionamento del contratto di compravendita, § 96, p. 397 sgg.
Pericolo di vita, § 108, p. 460.
Periculum rei, § 20, p. 78; § 23, p. 91; § 25 n 2, p. 99; § 43 n. 12, p. 171; § 96, p. 396 sgg.; § 110, p. 469.
Permuta, § 103, p. 440; § 94, p. 381.
Perpetuazione delle obbligazioni, § 41, p 161; § 47, p. 193.
Pertinenze della cosa venduta, § 98, § 405.
Pirati, § 114, p. 496.
Poenae temere litigantium, § 3 n. 5, p. 7.
Pollicitatio, § 9, p. 29 sg.
Positive obbligazioni, § 23, p. 88.
Postali spedizioni (Destinatario di), § 18, p. 72 sg.
Potentiores (Cessione ai), § 50, p. 203.
Praetoria (Pacta), § 7, p. 24.
Precarium, § 91, p. 367 sgg.
Prelazione (Diritto di), § 95, p. 393 sgg.
Preliminari contratti, § 10, p. 33.
Prestazione (Obbligo del debitore alla), § 2, p. 5.
— in luogo di pagamento, § 58, p. 238 sgg.
Prestito, § 90, p. 362 sgg.
— a cambio marittimo (Contratto di), § 89, p. 358 sgg.
Pretese reali, § 1 n. 12, p. 4.
Pretium certum, § 94, p. 387.
— iustum, § 94, p. 387; verum, ivi.
Prezzo del dolore, § 132, p. 582.
— della locazione, § 111, p. 476; § 98 n. 5, p. 406; § 111 n. 4, p. 471.
— della vendita, § 94, p. 383 sgg.; § 101, p. 433.
— diminuzione del prezzo nella vendita, § 101, p 435 sgg.
Privativa intercessione, § 83, p. 331.
Privilegi nel fallimento, § 56, p. 233.
Privilegia causae, personae, § 51, n. 4, p. 206 sg.
Privilegium exigendi, § 56, p. 233.
Processuali interessi, § 29, p. 119; § 107 n. 2, p. 453.
— (Pene), § 3, p. 7 sg.
Processuali (Spese), § 3, p. 7.
Procura, § 115, p. 502.
Procurator in rem suam, § 47, p. 193.
Promessa di credito, § 85 n. 5, p. 344.
— di donare, § 107, p. 453.
— unilaterale, § 9, p. 27 sgg.
Promesse invalide, § 16 n. 17, p. 63.
— impossibili, § 16, p. 58 sgg.
— immorali, § 16, p. 62 sg.
— per pubblici avvisi, § 9, p. 28.
Promittente, § 8, p. 27; § 16, p. 61; § 85, p. 344.
Prova, Vedi *Vendita*.
Provocatio ex lege si contendat, § 81 n. 10, p. 326.
Purgatio morae, § 42, p. 166 sgg.

Q

Qualità promesse, nella vendita, § 100, p. 422 sgg.
Quanti ea res sit, § 44 n. 7, p. 175.
Quasi contratti (Obbligazioni derivanti da), § 6, p 20.
Quasi delitti (Obbligazioni derivanti da), § 6, p. 20.
Querella inofficiosi testamenti, § 67 n. 6, p. 271.
— non numeratae pecuniae, § 54 n. 14, p 217; § 87 n. 10, p. 353.
Quietanza, § 54, p. 217; § 55 n. 16, p. 223; § 87 n. 10, p. 353; diritto del debitore che paga alla quietanza, § 55 n. 34, p. 229.
Quod interest, § 44 n 7, p. 175.
Quote dei soci, § 126, p. 547 sg.

R

Rapina, Vedi *Actio vi b. r.*
Rappresentanza, § 13, p. 54 sg.
Ratihabitio, § 122, p. 533.
Recedere (Diritto di), dai contratti bilaterali, § 41, p. 166.
— nella locazione, § 111, p. 474, 483.
— nel mandato, § 117, p. 514.
nella società, § 128, p. 555 sg.
— nella vendita, § 95, p. 395 sg.
Receptum (Fideiussione), § 77, p. 307.
— nautae, cauponis, § 39, p. 152.
Recezione (Teoria della), § 11 n. 10, p. 39.
Redibizione (Azione di), § 101, p. 428 seguenti.

Regresso del debitore correale che paga, § 73, p. 298.
— del debitore solidale, § 75, p. 302.
— del fideiussore, § 80 p. 319 e p. 322.
Relocatio tacita, § 111, *d*, p. 485 sg.
Remissio. Vedi *Remissione*.
— mercedis, § 111. p. 477.
Remissione (Contratto di), § 65, p. 287 sg.
— del fitto Vedi *Remissio mercedis*.
Remuneratoria (Donazione), § 106, p. 451.
Rendita, § 28, p. 112; donazione di, § 108, p. 458.
Renuntiatio. Vedi *Disdetta*.
— mandati, § 117, p. 514 sgg.
— societatis, § 128, p. 555.
Replica contra la compensazione, § 64, p. 264.
Res extra commercium, § 16, p. 59 sg.
Resa di conti, nel mandato, § 116, p. 509.
— nella negotiorum gestio, § 122, p. 534.
Rescissione, § 102, p. 437 sgg.; § 144, p. 624.
Responsabilità per la colpa altrui, § 38, p. 148 sgg.
— del rivenditore per l'evizione, § 99, p. 409 sg.
— pei vantati pregi e pei vizi della cosa, § 100, p. 422 sgg.
— sino alla forza maggiore, § 39, p. 152 sgg.
Retratto (Diritto di), § 95 n. 15, p. 394.
Revindicanti nel fallimento, § 56, p. 232.
Revoca delle donazioni, § 108, p. 459 sgg.
— del mandato, § 117, p. 514.
— dell'offerta, § 11, p. 40.
Ricompera (Diritto di), § 95, p. 392.
Riconoscimento del debito, § 22, p. 86.
— di una pretesa ceduta per parte del debitore, § 51 n. 9, p. 209.
Riparazioni nella locazione, § 111, p. 474.
Risarcimento del danno, §§ 44 sgg., p. 173 sgg.; (obbligo cumulativo al) § 72, p. 290.
Ritenzione, § 92, p. 375; § 95, p. 396.
Rustici, nella condictio indebiti, § 141, p. 616.

S

Salari pei servigi, privilegiati nel fallimento, § 56, p. 233.
Salvum fore recipio, § 39 n. 3, p. 153.
Scadenza dei crediti, § 40, p. 155; § 34, p. 134.
Scelta (Diritto di) nelle obblig. alternative e generiche, § 27, p. 107 sgg.; § 25, p. 99.
Scommessa, § 105, p. 445.
Securitas, § 54 n. 14, p. 217.
Senatus consultum Macedonianum, § 88, p. 354 sgg.; § 5, p. 15.
— Velleianum, § 84, p. 333 sgg.
Sentenza, come fondamento ad una naturalis obligatio, § 5, p. 16 sg.
— nelle obbligazioni correali, § 73, p. 297; § 74, p. 301.
Separatisti (Creditori) nel fallimento, § 56, p. 232.
Separazione (Teoria della) nella vendita, § 96 n 10, p. 402.
Sepoltura (Spese di), § 132, p. 583.
Sequestro, § 92, p. 371; § 93, p. 380.
Servigi illiberali, § 112, p. 486.
Sfregio di una donna, § 132, p. 581 sg.
Simplaria venditio, § 101 n. 17, p. 435.
Sinallagmatici (Contratti), § 20, p. 75 sgg.
Società (Contratto di), §§ 124 sgg., p. 540 sgg.; § 7, p. 24.
— di guadagno, § 124, p. 543.
— commerciale, § 124, p. 543; § 126 n. 4, p. 546; § 127 n. 6, p. 552 sg.
— interne ed esterne, § 127, p. 551.
Società per affari d'occasione, § 124, p. 543.
Societas, §§ 124 sgg., p. 540 sgg.
— (fine della), § 128, p. 553 sgg.
Solidali (Obbligazioni), §§ 70 sgg., p. 281 sgg.; in senso stretto, § 75, p. 301 sg.; § 131, p. 579.
Solidus (Valore di esso), § 108, p. 456.
Solutio, § 54 n. 1, p 214.
Solutionis causa adiectus, § 55 n. 18, p. 224 sg.; § 60 n. 9, p. 250.
Sottosocietà, § 126, p. 550.
Sottrazione, § 130 t. e n. 14, p. 568.
Species (Debito di), § 25, p. 99 sgg.
— (Vendita di), § 94 n. 18, p. 386.
Spedizioni ferroviarie, § 18, p. 72.
Spese nel commodato, § 90, p 366.
— nel deposito, § 92, p. 376.
nell' actio redhibitoria, § 101, p. 430.
— nel mandato, § 116, p. 510 sgg.
— nella negotiorum gestio, § 122, p. 536.
— nella società, § 126, p. 549.
— sulla cosa venduta § 97, p 403 sg.
Sponsio (Fideiussione), § 76, p. 303.
— dimidiae partis, § 69, p. 279.
Sponsiones, § 105, p. 445.
Stabularius, § 39, p. 153; § 38 n. 5, p. 150.
Stipulatio, § 7, p. 21 sg.; § 8, p. 26; debiti, § 22, p. 84; ob causam, § 22, p. 84; a scopo di novazione, § 60, p. 246.

Stipulazione accessoria, § 69, p. 277.
Stricti iuris actiones, § 3, p. 7.
Subietto (Scomparsa del), § 67, p. 270 sgg.
Sublocatio, § 111, p. 475.
Sublocazione, Vedi *Sublocatio*.
Surrogati dell'adempimento, §§ 58 sgg., p. 238 sgg.
Svantaggi processuali del diniego § 3, p. 8.

T

Tempo (Determinazione di), § 35, p. 137 sg.
— della prestazione, § 34, p. 134 sgg.
Terzi (Contratti a favore di), § 18, p. 68 sgg.
Testamenti (Transazioni sui), § 109 n. 8, p. 465.
Titoli all'ordine, § 9, p. 31.
— al portatore, § 9, p. 31; § 93 n. 4, p. 379.
— esecutivi, § 3 n. 4, p. 7.
Totalizzatore, § 104 n. 8, p. 443 sg.
Tradizione della cosa venduta, § 94, p. 382; § 99, p. 410; § 98, p. 405 sg.
Transactio, § 109, p. 462 sgg.
Transazione, Vedi *Transactio*.
Trasformazione delle obblig., §§ 59 sgg., p. 241 sgg.
Trasmissibilità agli eredi, delle obbligazioni derivanti da delitto, § 129, p. 562.
Trasmissione delle obbligazioni, §§ 47 sgg., p. 192 sg.
Trattative di contratti, § 10, p. 31 sg.

U

Uccisione, § 132, p. 582 sg.
Usura, § 16*a*, p. 63 sgg; § 30, p. 124.
— reale, § 16*a*, p. 65.
Usurae indebitae, § 141 n. 10, p. 608 sg.

V

Valore in corso, § 26, p. 104.
Valore patrimoniale nelle obbligazioni, § 17, p. 65 sgg.; § 1, p. 2.
Valuta, nel mutuo, § 86, p. 346 sgg.
Vendita, §§ 94 sgg., p. 381 sgg.; § 7, p. 24; § 102, p. 437 sgg.
— a contanti, § 95, p. 389.
— a credito, § 95, p. 389; a tempo, § 95, p. 389.
— a distanza, § 95, p. 389.
— a giorno, § 95, p. 389.
— a prova, od a vista, § 95, p. 390.
— a prezzo anticipato, § 95, p. 389.
— a scopo di speculazione, § 102, p. 439.
— della speranza, § 94, p. 384.
— dell'eredità, § 48, p. 197.
— di cose generiche, § 94, p. 386; § 96, p. 402; § 101 n. 24, p. 436.
— d'immobili, § 98 n. 3, p. 406.
— di proprio arbitrio, § 43, p. 172.
— in blocco, § 96, p. 402.
— per la prova, § 95, p. 392.
— reale, § 94, p. 381.
— secondo la prova, § 95, p. 392.
Venditio, Vedi *Vendita*.
Vera rei aestimatio, § 44, p. 175.
Verbali (contratti), § 7, p. 23.
Verbale (Offerta), § 43, p. 169.
Veritas nominis, § 52, p. 210.
Versio in rem, § 14, p. 50 sgg.
Verum rei pretium, § 44 n. 7, p. 175.
Viaggiatore, § 39 n. 3, p. 153.
Vires hereditariae, § 129 n. 16, p. 563.
Vis maior, § 39, p. 152 sgg.; influenza di essa sulla pena convenzionale, § 46 n. 8, p. 187.
Vizi della cosa locata, § 111, p. 474.
— della cosa venduta, § 100, p. 426 sgg.; § 101, p. 428 sgg.; § 99, p. 412.
— della donazione, § 107, p. 453.
Votum, § 9, p. 30.

TAVOLA DEGLI AFORISMI

Ab heredibus obligationem incipere non posse, § 18, nota 6.
Aliud pro alio invito creditore solvi non potest, § 55, nota 4.
Assegno non è pagamento, § 119, nota 11.
Casum sentit dominus, § 44, nota 3.
Casus a nullo praestantur, § 44.
Cuius periculum, eius est commodum, § 23.
Dies interpellat pro homine, § 40.
Dolo facit, qui petit, quod redditurus est, § 62, nota 5.
Fur semper moram facere videtur, § 40, nota 11.
Genus perire non censetur, § 25, nota 2.
Impossibilium nulla obligatio, § 16, nota 2.
In praeteritum non vivitur, § 31.
Ipso iure compensatur, § 62.
Lata culpa dolus est, § 36, nota 6.
Noxa caput sequitur, § 133, nota 9.
Periculum est emptoris, §§ 20, 96.
Periculum est locatoris, § 110.
Prioris periculum ad venditorem posterioris ad emptorem respicit, § 27, nota 6.
Qui delegat solvit, § 119, nota 11.
Qui ex causa iudicati solvit repetere non potest, § 141, nota 22.
Quid debeat esse in eius arbitrio, an debeat non esse, § 27, nota 3.
Species perit ei cui debetur, § 25, nota 2.
Ubi pure quis stipulatus fuerit et cessit et venit dies, § 34, nota 2.
Vendita rompe locazione, § 111.

ERRATA-CORRIGE

Pag. 7 (linea 16) e 27 (4) trafusi: trasfusi — 7 (26) strasico: strascico — 11 (15) e 17 (1) constituto: costituto — 13 (20) tantun: tantum — 21 (18-19) trattive: trattative — 22 (ultima) contre: contro — 28 (45) inscriversi: iscriversi — 33 (16) oltraciò: oltracciò — 58 (22) *Obbilgazione*: *Obbligazione* — 59 (38) scientemememente: scientemente — 61 (20) veramento: veramente — 66 (37) *Statu*: *statu* — 73 (penultima) un *actio*: un' *actio* — 95 (25) *obbligationibus*: *obligationibus* — 96 (30) exstierint: exstiterint — 156 (45) sensa: senza — 159 (40-41) bilbliografia: bibliografia — 170 (6) prestaziane: prestazione — 188 (15) commititur: committitur — 189 (2) ommissioni: omissioni — 190 (9) principate: principale — 272 (18) simplicins: simplicius — 293 (19) procedara: procedura — 332 (30) exsiterit: exstiterit — 440 (14) bileterali: bilaterali — 457 (14) prorietario: proprietario — 468 (10) *condutio*: *conductio*; in qualche luogo: soddisfare e derivati: sodisfare; cosidetto: cosiddetto.

3 (2) tien dietro di essa: tien dietro ad essa — 5 (9) si appalesano: si spiegano — 17 (33) obbligatorii: obbligatorie — 38 (40) essere di natura: essere di tal natura — 126 (28) Cod. civ. germ., *aggiungi*: § 248 — 145 (38) praestrae: praestare — 162 (29) legalitarius: legatarius — 196 (4) Malgrado di ciò: Malgrado della cessione — 207 (4) cessione: eccezione — 222 (29) Cod. civ. germ. § 287: Cod. civ. germ. § 267 — 234 (11) *competi*: *competit* — 249 (43) stabilita: stabilite — 267 (12) ha dichiarazione: la dichiarazione — 287 (7) come semplici debitori: sono semplici debitori — 288 (14) non sono nulladimeno: sono nulladimeno — 305 (17) permittibur: permittitur — 323 (9) è tenuto solidamente: è tenuto solidalmente — 326 (40) che i suoi confideiussori fossero insolventi: che i suoi confideiussori non fossero insolventi — 346 (38) qui num: quinum — 356 (19) quantitamem: quantitatem — 387 (20) hait: ait — 394 (5) ricompera: prelazione — 458 (45) reggente: principe — 489 § 113 *a*): § 113 *c*) — 35 (30) Così è per gli arresti incautamente palesati coi quali si arreca del danno alla persona arrestata: Così è per gli arresti reali [sequestri] incautamente cagionati, coi quali si arreca del danno al sequestrato — 380 (11) *Il sequestro e l'arresto*: aggiungi: *reale* — 591 (9) arresto: *aggiungi*: reale [sequestro] — 539 (35) egli è tenuto: essa è tenuta — 540 (15) contratti derivanti: contratti, derivanti — 497 (41) diritto di norma tassativa: norma di diritto tassativa — 618 (6) dal verificarsi della morte del donatario: dal verificarsi della morte del donatore prima di quella del donatario — 624 (39) *iudiciis*: *iudicis*.

Nelle citazioni tedesche: 13 (8) Obligationem: Obligationen — 13 (9) Personom: Personen — 28 (46) nash: nach — 30 (19-20) Willen-serklärung: Willens-erklärung — 37 (17) Willeneserklärungen: Willenserklärungen — 44 (ultima) Zeistchrift: Zeitschrift — 50 (49) Sclossmann: Schlossmann — 166 (28) Versugsfolge: Verzugsfolge — 184 (31) Scadensprozesses: Schadensprozesses — 253 (33) Aufrehnung: Aufrechnung — 249 (40) Hellmamm: Hellmann — 592 (21) Entschadigungsansprüche: Entschädigungsansprüche.